
学校的理想装备
电子图书·学校专集
校园网上的最佳资源
宪政与权利
BOOK
内部资料 非卖品

导论

路易斯·亨金

美国宪法在国外

美国宪法现已存续二百年之久，整个美国正在庆祝宪法的长寿。对于美国人民，宪法是他们的圣经，是他们引以为骄傲的祖国的象征，是他们美好生活的清晰表述，是他们自由的宪章。同时，它也是一份宣言书，它向全世界宣扬与其他意识形态相比值得自豪的美国人的主张。

美国宪法是一份服务于不同政治目的、表达了诸多政治原则的政治性文件。它是一部政府的成文宪章，代表着“宪政”，其中蕴含着对政府的约束和对政治权威的限制。它是由“我们，美国人民”规定的，所以代表了人民主权。它是一个联邦政府的蓝图，是联邦各州的鼻祖。它规定了由相互分离、相互独立但又相互混合的不同部门组成的政府。更为重要的是它代表个人的权利，保障个人权利甚至不受合法权威的侵害，甚至不受民选代表的侵害；而且在大多数场合，即使他们的行为出于善意和公共利益，也不得侵害个人权利。

严格说来，《美利坚合众国宪法》也不是土生土长，因为它所体现的政治观点和政治原则源于英国和欧洲大陆。反过来，这部宪法并非足不出户。甚至在它诞生之前，它要体现的、并已在《独立宣言》和各州宪法中表达的权利思想，就在法国、波兰和其它地方产生了反响。后来，美国宪法就成为灵感与思想的渊源，供学者们研究和赞扬，供政论家们援引，供革命者、国家缔造者和政治家采纳或改编使用。即使在那些几乎见不到其踪影的地方，这部宪法也常常存在着，即使只是为了反对它，人们也必须考虑它的存在。

本书正是从域外且主要通过外国人的眼光来审视美国宪法，以期考察并评价美国宪法对其它国家的意义，其它国家如何对美国宪法进行领悟和解释，以及在不同的时代，当然也包括我们这个民族国家和民族宪法纷纷诞生、用国际文件宣扬政治观点和政治理想的时代，美国宪法对不同的国家的影响。

本书收集的论文集中讨论了美国宪法作为人权保护者的影响。美国宪法信条中的其它一些关键原则也在全世界引起了反响。在美国，联邦制与其说是意识形态的产物，不如说是实际发展的结果，它已在各大洲的许多国家里被以不同形式和不同程度地采纳。不同于威斯敏斯特模式[①]的美国总统制也有自己的魅力，这种总统制或它的一种独特观点，影响了诸如戴高乐的法国、尼日利亚（1979）和拉丁美洲一些国家的各式各样的宪法。但是，对其它国家产生最广泛、最深远影响的还是两百年来发展起来并赋予其形式和内容的人权观。1791 年添加的《人权法案》，是作为给许多要求将其作为认可宪法的条件的人的允诺而制定的，现已成为美国宪法的核心。尽管在其他方面美国宪法在两百年间几乎没有作出重大的正式修订，但南北战争时几个修正案

[①] Westministermodel.从 1707 年起，英国议会座落在伦敦的威斯敏斯特，而与之相连的政府办公地称白厅。19 世纪之后，从白厅殖民地部获得自治的殖民地把威斯敏斯特视作议会政体的象征。现在，学术文献中总是在与总统制相对的议会制的含义上使用这一术语。——译者注

却使美国宪法发生了根本性的改变，它使个人对社会的权利不仅大大拓展，而且在全国统一起来。随着法院对《人权法案》和第十四条修正案的发展，这一切构成了美国宪法哲学的最大组成部分。

那么，美国宪法所体现的人权观是什么呢？美国宪法所确认和保护的具体权利是什么呢？美国宪法是如何保护这些权利的？这种人权观及其法理以及维持人们所期求的个人与社会关系的制度性构架，是否也在域外产生了反响？

美国的人权观

在美国宪法中，人权思想并无明文规定。这没有什么可奇怪的，因为该宪法在起草时就几乎没有谈及人权问题。虽然 1791 年通过的十条宪法修正案，即通常所说的《人权法案》，明确规定了一系列自由权、豁免权和其他权利，但是它仍然没有明确提出任何人权概念或者提出任何包涵或阐述这些权利的政治理论。

但是，美国宪法的设计者显然有一种理论，这就是《独立宣言》中精炼表达的那套理论，尽管宪法并未保有《宣言》中的全部许诺，尤其是人人平等的承诺：“ 人人生而平等，造物主赋予他们一些不可转让的权利，诸如生命权、自由权和追求幸福的权利。为了保障这些权利，人们在他们中间建立政府。 ”

权利并非政府赐予的礼物，它们是固有的，先于政府而存在的。政府必须尊重和保护这些先在的权利。宣布独立于大英帝国的合理依据中所明确阐述的这套政治哲学，正是前殖民地采用州宪法的理论依据。由于美国宪法就像它所取代的《邦联条款》一样，关心的不是如何统治，而是如何联合起来，由于人们认为依照这一宪法蓝图创设的新中央政府将不会侵扰个人生活，因此就没包括人权法案，当然也就不需要阐明人权理论了。尽管如此，我们在美国宪法的序言中（宣布“ 我们合众国人民……制定和确立这部宪法 ”），在提到某些权利的时候（尽管可能不是我们认为最重要的那些权利），在对人身保护令状的捍卫中，在确认每个州的公民皆享有各州公民的“ 特权和豁免权 ”里面，仍然能找到《独立宣言》的理论的蛛丝马迹。后来增补的《人权法案》只是间接然而明确无误地反映了人权理论，如第一条修正案所涉及的“ 言论自由和新闻自由 ”是先在权利，而不是政府赋予的权利，连国会都不能剥夺；如“ 人民保护其人身、文件、住所和财产不受侵犯的权利 ”。第九条修正案规定，在宪法上对一些权利的列举，不得解释为否定或轻视“ 人民保留的其他权利。 ”

因此，个人权利并非源于美国宪法。严格地讲，它们并不是“ 宪法权利 ”。但是它们是由宪法来保护的。有一些权利（自由权、豁免权）是由宪法明文保护的——例如，第一修正案所规定的各项自由权或住所隐私等；另外一些权利尽管宪法没有明文提到（如旅行权或婚姻自由权），但是它们作为每个人所保留的“ 自由权 ”的某些方面仍然受宪法保护。

《独立宣言》中表达的且体现在美国宪法中的人权思想适用于全人类。《独立宣言》宣布“ 人人 ”都有某些不可转让的权利，并且，原则上宪法保护所有人的这些权利。但事实上，我们知道“ 人人 ”并不是指全人类，美国宪法也并非保护所有的人。奴隶就没有不可转让的权利，且其他黑人、佣仆、

印第安人和妇女——甚至白人妇女——也都没有和白种男人同样的那些不可转让的权利，同时也就谈不上享有同等的宪法保护了。这种对普遍性原则的背离并非美国人权思想的组成部分，而是实现人权过程中的严重失败。美国宪法史就是缓慢地实现《独立宣言》所作出的允诺的历史。

美国的人权无论在思想上还是在内容上都并非一成不变。在不同的时代，在不同的地方，人们对人权的思想和内容有不同的认识，它们也就产生不同的影响。但是从一开始，人权思想就反映了一种新的个人与社会之间关系的观念。美国的人权观是一个更大的政治思想的一个方面，这种政治思想就是"自由国家"和由此必然推出的自由经济。因此政府要受到限制，其存在的合理依据仅仅是为了实现有限的几个目的，"管得最少的政府就是管得最好的政府"。为了维系这些对政府的限制，一部成文宪法是必不可少的，而且必须确立一些政治制度来保证遵守这些限制。

即使在有限政府这一承诺变弱之时，美国人权观中有一个要素仍很关键。人权在美国被视为不受所有机关和所有政治权威之行使的侵害。而在其它一些地方——在英国、法国——权利的运动趋向于更大的、更具代表性的民主，趋向于议会至上。美国的人权观也包含某些参与自治的权利，但是其焦点是共和的，而不是民主的。这种人权观的一个首要的基本内容就是反对绝对的民主和绝对的议会至上。（宪法第一条修正案，即《人权法案》第一条，就是对立法机关的限制："国会不应制定任何法律"来剥夺公民的某些自由。）这种权利观保护个人不受社会的侵犯，不仅不受政府官员的侵犯，甚至不受多数人、不受民选代表的侵犯，即使他们出于为公共谋福利的善良愿望亦如此。结果，权利在成文宪法中被奉为神圣，而成文宪法是法，是最高级的法，超越于所有其它法律，包括议会制定的法令之上。普通的立法不能修改宪法，只有由"人民"通过带有宪法特色的超常的艰难程序才能修改。终于，如同《独立宣言》中所允诺的那样，保护权利免受政府的侵害已成为政府关注的问题，如在民权法中。

当人们组成一个社会并建立政府（为了特定目的而服从于他们在政府中的代表）时，这就隐含着他们放弃了一些自主权和自由权。当然，从原则上讲，人们随时可以重新获得他们已放弃的权利。然而，是否从一开始就将人们保留的防备政府的权利视为一种绝对权利，还不是很清楚。也许从一开始起，对权利和自由的某些限制就被看作是权利概念的组成部分，如在外敌入侵和本国叛乱的情况下，人身保护令就可能被中止；人们仅仅有权免受不合理的搜查和逮捕；个人由于犯罪而可以被惩罚，但不是残酷的或异常的惩罚。也许一些权利——最突出的例子就是言论自由——之所以被狭窄地界定，就是因为这样界定它们就不会被剥夺。今天，美国的宪法哲学明白地告诉我们，即使是宪法第一条修正案所规定的自由，尽管它们是用一些表面上绝对性的术语来表达的，也可能服从于人民代表所确定的公共利益，至少要服从于那些非服从不可的公共利益。但是个人自主权、自由权或豁免权的某些内容和范围，具有特别的重要性，也只服从于那些非服从不可的公共利益。也许个人自主权、自由权或豁免权有某些不可转让且不可侵犯的核心内容。

美国的人权观得力于欧洲源头，但它是在美国特定的历史中形成的。美国是一个新国家，如白纸一张。这正好可按照美国人自己的政治蓝图，即那个时代的某种社会契约，在个人自治和人民主权之上建立政治社会。它可以试验一些全新的制度——联邦制、行政总统制、司法至上——一种权力的全

新组合，它们之间既分立又混合、既制约又平衡。但是，从一开始起，美国的观念就保护个人并反对绝对的议会至上。美国人坚持权利既在共和制之中但又抵制共和制的侵害，这种权利既是对由社会精英组成的行政机关的约束，也是对由人民代表组成的立法机关的约束。即使在共和制变为民主制之后（此时普选权已实现，代议制政府变为多数主义政府），美国人仍然继续主张个人的权利。

美国人权的内容

在美国，人权的内容并非一成不变。这些权利慢慢地成长，一步一步地扩展，直到最近才成为《独立宣言》所承诺的所有男女都享有的权利。废除奴隶制无疑是受了欧洲奴隶制终结的影响，并打了一场内战来解决这个问题。其他国家实行累进税制，美国也以宪法修正案予以效仿。当欧洲出现福利国家时，美国也及时模仿，尽管福利权在美国从来没有成为宪法权利。同样，在美国生长、成形的一些具体权利——表达自由、宗教信仰自由、正当刑事程序和最近才发展起来的堕胎权利——也最终反映在其它的国家里。

尽管最初的美国宪法并没有一般地关注权利，但是，当它禁止政府制定剥夺公民权利的法案、规定陪审制以及对叛国罪的审判规定特别保护时，它确实指明了一些权利。美国宪法还规定，各州不得制定剥夺公民权利的法案，或溯及既往的法律，或损害契约义务的法律。美国宪法还确定这么一类权利（尽管认为这类权利不要求保护其免受联邦政府的践踏），它保护每一个州的公民免受其它州剥夺其公民特权和豁免权，但是，它并没有对这种权利予以明确界定或详细枚举。

此后不久，《人权法案》明确地规定了一系列自由和其它一些权利，包括下列几种：

1.宗教自由、新闻自由、言论自由、集会自由，并且禁止建立宗教。

2.人身安全不受非法拘捕，人身、住所及财产的秘密和安全不受无理的搜查与扣押。

3.保护生命、自由和财产非经法律的正当程序不得剥夺，私产充作公用时，要有公正补偿。

4.在刑事程序方面，由大陪审团提起的控诉，被告有权知道指控的内容并有权要求由陪审团予以公正、及时和公开的审理，且有权辩护；有权要求通过强制程序获得对本人有利的证据，但不得强迫自证其罪；保护不因同一犯罪两次受审；如果判决有罪，他也有权不接受残酷的和非常的处罚。

5.还有一些权利，诸如，凡参加州的民兵组织者有权配带必要的武器，和平时期军队不得驻扎于民房。幸好这些权利在目前并不重要。

《人权法案》的制定者们列举了一些因为他们那时的历史和经验而为他们所关注的权利，并且明确地规定列举这些权利不得解释为否定或轻视人民所保留的其它权利（第九条修正案）。宪法授予联邦政府的权力是有限的，那些没有授予联邦政府的权力由各州或人民保留（第十条修正案）。我们不清楚《人权法案》的制定者的脑子里还想到哪些属于人民的权利或权力，但是，他们显然具有强烈的个人自主意识，他们假定了人身、财产和以自己的方式追求幸福美好生活的最大自由这些自然权利。从总体上讲，他们认为下列权利是理所当然的：结婚权和婚姻自由权；扶养家庭和教育子女的权利；

选择居住地、外出旅行和返回家园的权利；以其所能而谋生的权利；以自己认为合适的方式度过闲暇的权利。用当代的术语来讲，他们假定了公民权、法律上的人格权和以一般为英国普通法承认的方式并在英国普通法承认的界限之内获得、占有、使用并转移财产的权利。他们假定了契约自由和经营自由。同时，他们也普遍接受了这样的观念，即政府有权为了共同体的健康、安全或福利来调整这些权利。

无论是最初的美国宪法还是《人权法案》，都没有规定法律的平等保护。宪法所保障的权利对所有的人都是平等地予以保护的，但是它却容忍了奴隶制，奴隶没有任何权利。即使对“自由人”而言，宪法中也没有规定禁止可恶的歧视，只要这些歧视没有否认个人的宪法权利。自由的妇女有权利，但是她们却不同于自由的男人，她们的角色不同，地位不同，结果，她们的权利在许多重要方面也就不同于自由的男人。

1787 年的美国宪法没有规定民主制，无疑也没有规定普选权——只有那些被各州授予投票权的人才有投票权，且这些人仅仅有权投票选举众议院的议员，总而言之，各州将投票权仅仅授予那些自由的、拥有财产的男人。

南北战争结束后制定的宪法修正案引起了美国社会的根本性变迁。奴隶制被废除了。第十四条宪法修正案确立了公民权，它为个人权利不受各州的侵犯提供了宪法保障，且授权国会为保护这些人权而立法。很久之后，最高法院才发现第十四条修正案所实现的对个人不受各州侵犯之权利的宪法保护，无论在权利内容上，还是在享受保护的程度上，与防止联邦政府侵犯的保护实际上是一样的。第十四条修正案还规定各州不得对任何人拒绝行使法律平等的保护，最终，法院得出结论说，平等保护也是对联邦政府的要求，因为平等保护暗含在法律的正当程序之中。（人们还发现，1787 年美国宪法中规定的免受各州对契约义务的损害，也已暗含于法律的正当程序之中，因此，它也适用于联邦政府，而且一般来讲，联邦政府所受的限制与各州所受的限制完全相同。）

宪法修正案还使得美国由共和制过渡到民主制。第十七条修正案（1913 年）规定了参议员的直接选举。其他一些修正案禁止基于种族、性别和年龄方面的投票歧视，且规定以人头税和其它财产资格作为投票的条件都是不合法的。国会行使权力依照基本的有效的程序来保护公民不受投票方面的种族歧视。法律平等保护的要求也有助于推进投票权的发展，因为既然各州已给一部分人以投票权，就必须平等地授予每一个人同样的权利，即“一人一票”，实际上就导致普选制和平等投票权力。

经过修正的宪法里所列举的诸项权利一直稳步发展。言论自由也开始包括沉默的自由或匿名表达的自由。宗教自由也包括不信教的自由。集会自由既指结社的自由也指不结社的自由，而且在许多情况下有权不公开自己加入的社团。言论自由、新闻出版自由和宗教自由皆已变成了优先的自由，对这些自由即使作地点、时间和表达方式方面的限制，也受到严格的审查，而且这些限制只有为了压倒一切的国家利益时才能被维持。当局有特别重的责任来证明事先对表达自由实行限制的合理性，比如事先由有关新闻审查机构批准，或者法院禁止未来的表达或出版。

对那些被指控有罪的人的保护也有了明显的改善。无罪推定，不只凭合理的怀疑就证明某人有罪，都被认可为宪法的要求。一个被控犯罪的受审的人，可以使那些非法搜查和扣押取得的东西不得作为证明他有罪的证据。犯

人的辩护权还包括当他贫困潦倒时，由公费委派辩护人。不得强迫自证其罪的权利，还包括有权要求起诉人不得对被诉人未能采取这一立场进行评论；也包括被诉人在受警察的讯问之前，有权被告知他有保持沉默和咨询律师的权利。与所犯之罪不相称的惩罚也是对宪法禁止残酷的和不正常的惩罚之条款的侵犯。除了对危及他人生命的犯罪外，以死刑处罚是违反宪法的，而且对死刑的适用还有其它种种限制和保护措施。

在保护个人的生命、自由和财产不受政府的规制（即使为了公共利益）方面也有了一些重大的进展。法律的正当程序要求依照法律而不是官员的命令来规制，并且要求这样的规制应当是合理的，应当采用合理地导向公共目的的规制手段。一些自由权的范围——是否结婚的权利，是否生小孩的权利，抚养和教育子女的权利，堕胎的权利和其它一些非常个人性的私人决定权——都已被称作“稳私”权，除了为了非常重大的国家利益外，这些权利决不容许受侵犯。当官方行为侵害了某人的私人利益时，依照正当程序，应当给他举行一个公正的听证会。法律的平等保护权保护个人不受不合理的区分，且基于种族的分类是可疑的，将会招致严格的审查，只有为了重大的国家利益才可能维持之。性别歧视也受到了严格的审查，而且，如果是基于陈腐的假定，就站不住脚。外国的侨民不应受到各州的歧视，只能排除他们担任政府公职。

美国宪法所保护的权利就是现在通常所谓的公民权和政治权。美国宪法并没有要求政府提供诸如教育和医疗保健之类的经济和社会福利。但是，公民—政治权和经济—社会权之间并没有明确的界限，例如，《经济、社会、文化权利国际公约》中规定的劳动权。而自由选择职业权，在美国宪法中属于正当程序条款保护的自由权的一部分；《公约》还包括加入工会的权利，在美国它是作为结社自由的一个方面来保护的。法律的平等保护和法律的正当程序这种宪法权利也适用于所有的政府行为，包括任何提供社会和经济福利的政策；因为美国政府及各州政府长期以来一直给一些人提供福利，这些福利也必须给与这些人境况相似的所有人，而不受敌意的歧视或其他不合理的区分，且非经正当程序，这些福利不得中止。

但是，经济—社会权利一般不受宪法保护。美国在承诺和增进公民权和政治权利方面树立了榜样，在经济—社会权利方面则跟随欧洲。尽管富兰克林·罗斯福总统宣称，美国对“免于匮乏的自由”承诺和其它自由一样，但经济—社会自由在美国仍没有获得宪法地位。不过，美国公民已经将社会保障和其他福利项目看作是“权利资格”（entitlements）。

在我们这个时代，有了“公民—政治权”和“经济—社会权”这一著名的划分，由此引起持续不断的争论，诸如是否有、能够有且应当有经济—社会权的问题；这两种权利是否存在紧张关系的问题；这两种权利中哪一个优先的问题，等等。美国的客观环境及其历史都是独一无二的，所以可能不能作为一般化的基础。至少在美国，公民—政治权显然并不要求先有经济—社会权存在，它们也并不依赖于普选制。在美国，权利的保护要求实现个人自治，自由传统，一个有大量经济机会的富裕国家，以及能够满足个人控诉的司法救济。另外，还有一种可归于美国各州在早期确立的一种重要的经济—社会权——即享有免费接受初级和中等教育的权利。

过去和现在，有一个方面，美国宪法引起了引以自豪的比较，并很快召致了仿效。那就是，美国宪法并没有规定或不允许紧急状态管制，没有规定

或不允许依总统令统治或中止个人权利。只有在发生内乱或外国入侵的情况下，只有为公共安全需要时，也只有国会才有权使人身保护令特权暂缓实施。重要的权利可以服从于压倒一切的国家利益；无疑，在战争时期，宪法被认定要容忍对个人生活的广泛干涉，包括在二战期间对日裔公民的重新安置和拘留。但是，战争只是偶尔发生，即使在战争期间，宪法依然统治着，权利残存着，且法院也在维护着这些权利。

对权利侵犯的救济手段

美国的人权观意味着可以获得维护人权的救济手段。一些救济手段隐含在政府理论和政府结构中。其中一个基本的救济手段就在于自治权和投票权，选择自己的代表和在他们滥用权利的情况下予以更换的权利，尽管在美国宪法史的大部分时间里，投票权没有得到充分发展，且许多公民没有投票权。三权分立，甚至联邦制，都分割了统治权，以防止专制并保护个人的权利不被蹂躏。美国还发展出自己独特的救济手段——依赖司法审查和司法命令来抵制政府的行为，甚至抵制国会的法令——法院的权威和法院对宪法的最终解释权是由政治制度和人民赋予的。

在美国，随着少数服从多数规则成为现实，政府变得越来越积极主动（这就给更多的“牺牲者”带来更大的威胁，同时也刺激了他们对权利的关注），保护人权的制度也眼见着成长和发展起来。从一开始，司法救济就坚持美国宪法高于立法机关（Marbury v. Madison，1803），尽管在事实上因为国会法令（区别于行政条例和州的立法）违犯个人权利而宣布它们无效的情况还很少见。

尽管从理论上讲，这里阐述的各种权利先于宪法而存在，尽管无论一项具体的权利是否明确规定于宪法之中，所有这些权利都要受到政府机构的尊重，司法审查已证明是相当有限的。法院承担执行司法审查这一棘手职能的正当性在于它认为自己的职能就是实施宪法。因此，法院只有在维护那些宪法中规定的或可以在宪法中找到依据的个人权利时，才感到是正当的。它们甚至不愿意把宪法第九条修正案中宣布的那些由人民保留而没有列举的权利作为依据。但是，它们随时准备在诸如“法律的正当程序”所要求保护的“自由”这种泛泛而谈中发现更广泛的隐含权利。

在美国，司法审查并不是某一特别宪法法院的功能，而是普通的州法院和联邦法院的功能，是它们行使裁定诉讼和解决纷争这些一般职权的一部分。由于违宪司法审查作为普通司法职能的一部分而由普通法院来执行，所以它就受到司法功能在美国历史上形成的传统和局限性的限制。在美国，联邦法院的管辖范围只限于宪法和国会法律所赋予的领域；同样，州法院的管辖范围也限于州宪法和法律的授权。依据对美国宪法所作出的解释，联邦法院只能裁定双方当事人之间的“诉讼和纷争”，因此，它不能对宪法问题提出建议性意见或者在不具备“诉讼和纷争”要素的情况下对它们加以裁定。于是宪法问题必然要求由具有“身份”、且为有恰当利害的人提出；也就是说，它要求这些问题必须是具体的、可以直接进行裁定的，而不是假设的。此外，法院基于保护司法机构和司法审查职能的审慎理由，还发展起来其它一些对裁定宪法问题的限制。部分源于宪法的理由，部分源于审慎的考虑，法院提出这样的一个信条：即使危及宪法权利，它们也决不裁定“政治问题”。

而且保护个人权利的多数救济手段——禁令和其它令状——都是“衡平法上的”救济手段，也就是说，这些手段是由衡平法院在英美法理中历史地发展起来的，它们所受的各种限制是这种法理的一部分。美国宪法权利的特征和内容也制约着司法救济手段。由于宪法保护的权利在本质上是“消极的”——不受政府干涉的自由与豁免——法院就用人身保护令状来检验官方拘留的合法性，宣告判定官方行为违反了宪法保护，或者发布禁令禁止这种侵犯行为。因为美国宪法并没有要求政府给个人提供特权或福利，所以一般来说，法院也就不必考虑可否要求立法机关颁布法律或划拨经费为个人提供福利。但是在特殊情况下，法院在事实上已形成了这样一种肯定性救济手段，例如，当发现某个州违背第十四条修正案要求的法律的平等保护原则，仍保留着种族隔离学校时，法院命令这些州和学校主管取消种族隔离学校体制，颁布法律并划拨专款用兼收黑人白人学生的学校代替之。因为任何一个州，不经过法律的正当程序，不得监禁任何人或者用其它方式剥夺任何人的自由，所以法院就指导政府提供这种有正当刑事程序的机构，包括公正的法庭，给那些无力自己聘请律师的受审者提供法律咨询。因为政府不能施以残酷的或不正常的惩罚，法院会命令当局拨出资金并制定制度性条款，以保障监禁环境不构成残酷的惩罚，或相当于未经法律的正当程序而剥夺自由。

对违反宪法保护的其它一些救济手段，是由国会在一系列“民权法”中增添的。第一次是在南北内战后的年代，第二次是在十九世纪六十年代。国会废除了奴隶制，并通过规定和保障对所有人的公民权——拥有财产的权利、签订契约的权利、提起诉讼的权利和主张其它“人身”权的权利——履行了不得否认法律的平等保护的义务。国会认为，任何官员或个人参与共谋侵犯宪法权利是一项犯罪，并为这种侵犯提供民事上的救济手段。同时，国会还提出了综合性规划来保护自由不受种族歧视和其它对投票权的干涉，尽管宪法中的权利条款仅仅保护其不受“国家行为”的侵犯，而将私人对他人权利的侵犯留给侵权法，但是，国会行使其它权力，显著的是它调整州际和对外商务的权力，来保护权利——比如通过禁止在公共设施方面基于种族、宗教和其它不相干理由的歧视。

在此，我想简略地描述一下美国的宪法权利，这或许能够为考察其影响和进行比较提供一张“清单”。人们可以在其它国家寻找采纳、改造、拒斥下述权利的证据，也可以寻找相近或类似于下述权利的证据：

· 先在的（自然的）权利，对实质性的个人自治的信奉。

· 反映在社会契约之中的人民主权，而社会契约又体现于成文宪法。

· 宪法乃最高的法，宪法至上而非立法至上，且宪法难以修改。

· 有限政府，保留权利以限制政府。

· 某些权利是不可剥夺的原则。

· 三权分立作为权利保障。

· 特别以联邦制作为附加的权利保障。

· 共和和民主制度。

· 宪法在紧急状态下也适用，无任何宪法中止和权利中止的规定。

· 法院作为监督权利的重要机构。

· 对优先权利和值得怀疑的分类要求更严格的审查，必须有更为压倒性的公共利益才能推翻某些权利。

人们也可以在其他国家的宪法里寻找与下述主要权利相对应的那些权

利：

·言论、宗教、集会和结社的自由；保持沉默的权利或匿名表达的权利；政教分离。

·民事和刑事中的法律正当程序；无罪推定，公正审判的权利，辩护权利，不得刑讯逼供，不自证其罪的自由，要求陪审团审理的权利，不得处以酷刑或不正常的惩罚。

·平等保护，包括不得歧视，特定的区分理由在原则上不可接受：宗教、种族、性别、社会出身、财富。

·尽管福利国家并非源于美国，但美国却帮助推广公共教育和对教育的公共支持。从其他国家学来的另外一些思想在美国也许会呈现出一种独特的形式而又会在其他地方传播。

各种不同的影响

探究美国的宪法权利在域外的影响不光要考虑我在此勾勒出的观念、法理和制度的复杂性，而且还要考虑这种“影响”的各种不同形式和微妙之处。

要想考察美国宪法权利的影响，就要考察有目的地试图使其接受美国的思想和制度的国家，比如美国行使统治权时的菲律宾（1899—1935，1935—1941，1946），或者二战后美国占领时的日本和德国。无疑还应当考察那些新宪法制定者有目的地“借用”这些思想和制度的国家，诸如印度和最近的加拿大。但是，人们还应当考察二百年间美国与世界其他地方相互交往的不同方式所导致的不同细微的结果；考察事件、文件、著作和人物所产生的影响；考察美国生活的本来面目或它被人们想象成的模样；考察法学著作或司法意见的影响。考察一下美国宪法发展的不同方法——行政解释和立法解释，司法解释，正式的修正案——和学者、私人的及公共的利益集团及其辩护者与律师界所作的不同贡献，是如何反映在其它国家的宪法发展中的，这可能是很有意思的。人们不仅应考察那些明显地从美国借来的东西，而且要考察那些暗含着的从美国借来的东西；人们不仅应考察直接从美国吸收或改编而来的东西，而且要考察从以前受美国影响的地区吸收或改编来的东西，更要考察美国对 Zeitgeist，即时代的精神和思想的贡献。此外还要理清那些纠缠在一起的多重影响，显著的如英国、法国和美国的思想、人物和事件在十八世纪后半期的互相影响；法国的《人和公民权利宣言》和美国的《人权法案》在十九世纪对拉丁美洲的影响；或者美国的宪法思想和《世界人权宣言》在最近几十年的贡献，而后者本身就是多种影响的产物。同时，还应当努力区分思想的影响与权力和偶像的影响。

美国人权思想的影响史既是按时间顺序展开的，又是按逻辑次序展开的，可能还必须将其人权思想的影响置于其政治、文化和经济影响不断变化的背景之中，因为在过去的几十年和几个世纪中，美国在国际社会中的地位已有所变化。当初，美国的人权思想只在大革命时期的法国才有反响，而在欧洲其他国家，诸如波兰，并没有多少人欣赏（参见本书维克托·奥夏汀斯基的论文）。在十九世纪，门罗主义提出后的几十年间，新的国家和新的政体在美国的保护下纷纷诞生于拉丁美洲，美国的宪法观才作为总的政治和文化的影响的一部分留下了它的印迹。在十九世纪，美国的宪法思想在欧洲也受到严肃的关注。后来，在一战结束之际，伍德罗·威尔逊广泛地传播了美

国的权利观及与此有关的思想。对东欧国家、中欧及其它国家，他宣传实行杰斐逊在《独立宣言》中提出的“自决”原则：自决会结束某些人的少数民族地位和受压迫状态；联邦制——以及带有人权法案的宪政——将在多元社会中保护少数者和个人。

随着第二次世界大战，可归于美国的影响又掀起了新的浪潮。罗斯福总统将人权观浓缩在他的《论四大自由》的演说中，而且美国和西欧盟国将这种人权观纳入二战的目标，纳入《纽伦堡宪章》和《联合国宪章》，接着又纳入《世界人权宣言》和此后一系列国际公约当中。人权思想点燃了非殖民化运动，新诞生的国家将人权写进它们的新宪法中。人权思想出现在欧洲的一些宪法和《欧洲人权公约》中，出现在拉丁美洲的一些宪法和《美洲人权公约》中，出现在亚洲和非洲的一些民族宪法中，出现在非洲统一组织的宪章和《非洲人权和民族权宪章》中。全球各大洲的法院，既有国际法院又有国内法院，都引用美国的宪法哲学，甚至在那些不引用的地方也被诵读。（尽管在上述国家文件和国际文件中所反映的人权思想有时比美国宪法的人权思想要宽泛一些，其中包括了有时与社会主义联系在一起的经济权利社会权利，但对美国来说这并不是外来的，美国甚至在二战以前就成为福利国家，并在二战后的几十年中这些福利权利又有了进一步的扩大。）在过去的几十年中，意识形态的斗争将世界划成两大阵营，美国则一直象征着有限政府、代表着法治和个人自由。

当代，美国宪法思想和法理所产生的影响也许表现在某些特定国家的特定权利的成长方面，例如法国的或者《欧洲人权公约》下的新闻出版自由，再如不断发展的为妇女争取平等权利的斗争，包括在结婚和离婚、其他家庭事务和生育子女方面的平等权利。美国在争取社会平等方面的经验，为其他许多与可恶的歧视作斗争、试验“肯定性行动”[①]计划的多元社会提供了许多教训。

大体上，美国居民享有的经济社会权利并非美国宪法规定的权利，所以，严格地讲，这些权利已超出了本书的范围。但是，根据美国大多数州的宪法，享受公共教育权可以恰当地被说成是宪法权利，而且，许多州很早就允诺实施公共教育肯定有助于说服其他国家追随这一政策。而美国其它的福利权利，无论其法律基础是什么，从总体上看，反映了很大程度是从外国借鉴而来的思想。引导各国实现福利权利并为它们提供榜样的，并不是美国，而是俾斯麦的德国、后来的英国、斯堪的纳维亚半岛诸国以及欧洲的其它国家。但是，在这些思想的实施过程中，美国和欧洲国家在不同的经济社会利益的概念和实现上产生了分歧，而且一些国家在提供的特定福利方面，在取得特定利益（住房、保健、社会保障）的资格的含义方面，在福利仅仅通过市场力量获得、还是用公共开支来提供、要不要受益人做出贡献方面，福利提供给所有的人还是只提供给那些无法自我提供的人方面，在福利以现金的方式支付还是以实物的方式支付、取之于一般税还是取之于特别税、由政府机构

[①] “affirmative action”。这一术语首次运用于肯尼迪总统发布的行政文件中，该文件命令与美国政府签约的承包商肯定在非歧视的基础上招工。后来约翰逊总统将此命令扩大到要求承包商采取“肯定性行动”以保护所有职业雇工的非歧视。到七十年代初，这种推进公平就业的“肯定性行动计划”由强调所有人就业公平转变为要求少数种族、民族实现强制性的机会均等，从而要求对曾遭受歧视的少数种族或民族的后代予以优先补偿。——译者注

发放还是由私人承包商发放、要不要营利等等方面，无疑跟随的是美国模式。

美国宪法在域外最强有力的影响也许由于它的司法审查非常成功。法院在维护宪法约束中的作用被看作是美国宪政的标志，并被看作是稳定美国各项制度和保障个人权利的手段。无论旧国家新国家，都力图模仿美国的司法制度及其宪政功能。甚至信奉议会至上的国家也被迫效仿或接近美国的模式。一些国家，如法国，采用委员会而不是法院来承担违宪审查的职能。当不列颠王国发现自身受制于一个国际人权法院时，就发出了强烈呼吁，要求代之以国内司法机构的审查。即使在苏联，也在其宪法中写上一条，公民可以“按照法律规定的方式”到法院起诉政府官员侵犯其权利的行为，这无疑是对美国思想的普遍魅力的回应。（最终于 1987 年通过的法律就部分地作出这样的规定。）

本书中的论文反映了美国宪法在域外可能产生的方式多样的影响，但是，这些论文并不打算彻底地或系统地探究和考察这些影响。本书的目的并不很高，它只是有选择性地且带有提示性地指出在政治史和思想史中美国宪法思想起重大作用的某些片段。进一步讲，本书只是着眼于——也是有选择性地——可能恰当地等同于美国宪法的、看来在其他国家及其宪法文化中占有一席之地的思想和制度，并且研究和比较它们是如何在那里产生和起作用的。

本书的轮廓将历史和地理、政治和理念结合在一起。第一编所收的论文考察了美国宪法思想在特定国家和地区所产生的影响。第二编所选的论文是对特定权利和制度以及对其加以保护的救济手段所作的比较。搜罗广泛的文献综述不仅为进一步的研究提供了指南，而且说明了人权思想史中美国的这一部分所产生的影响，同时也说明了两百年间其它地区是如何接受和理解美国宪法的。

作者简介

劳伦斯·沃德·比尔	拉斐特学院弗雷德·摩根·柯比讲座民权教授，宾夕法尼亚
约翰·杜加德	法学教授，威特沃特斯兰大学应用法学研究中心主任，南非
罗杰·埃内拉	行政法院推事，巴黎，法国
A·西泽·埃斯皮里图	菲律宾驻联邦德国大使，波恩
路易·法沃勒	埃克斯-马赛法律、经济、科学大学教授，法国
托马斯·弗莱纳-格斯特	弗里堡大学法学教授，瑞士
盖伊·S·古德温-吉尔	联合国难民事务高级专员办事处法律顾问，日内瓦，瑞士
克劳迪奥·格罗斯曼	利坚大学华盛顿法学院法学教授，华盛顿特区；雷蒙德·杰纳尔德逊国际法和人道主义法研究员
路易斯·亨金	哥伦比亚大学教授，纽约
弗兰克·莫德恩	巴黎第一大学（潘提翁-索邦）教授，法国
安东尼·I·奥格斯	曼彻斯特大学法律系，法学教授
维克托·奥夏汀斯基	作家，华沙，波兰
安杰伊·拉帕金斯基	哥伦比亚大学法学院，法学教授，纽约
阿尔伯特·J·罗森塔尔	哥伦比亚大学法学院，莫里斯T·穆尔讲座教授，纽约
索利·J·索拉布吉	最高法院高级律师，新德里，印度
赫尔穆特·施泰因贝格	联邦宪法法院法官，海德堡大学法学教授，联邦德国

凡例

一、“ 宪政译丛 ” 选择现代西方本领域内重要著作译为中文，翻译力求完整准确地再现原作内容与风格；

二、所选各书出版时间不同，国家有别，故其注释体例未尽一致。中译本将个人著作的注释一律统一为书末注，论文集均作章末注，俾使本译丛体例协调一致。中译者视必要所加的注释则置于页下，并标明“ 译者注 ” 字样；

三、人名、地名及专用术语的翻译主要采用通行译法，兼顾约定俗成原则；

四、译丛中若干著作列有参考书目。为便于读者了解和利用此文献状况。中译本悉数收录，亦未译为中文。注释中所引著作、判例等亦照此处理；

五、为便于读者对照核查，各书均以边码（切口处标注之页码）注明原著页码。惟因体例调整，个别地方容有出入；

六、所有原著索引均以双语对照形式予以保留（二级词目只列译文）。每一词目先中文、后外文。全部一级词目均按汉语音序重新排列。词目后数字指原著页码，请读者按边码检索；

七、凡原书无索引者，由译者编制译名对照表附于中译本之后，其条目按汉语拼音顺序排列。

总序

中国自有宪法已将近百年，然中国之宪政建设尚待完成。盖宪政之于宪法，犹如法治之于法制，其盛衰兴废，不独受制于法律之制度，更取决于政制之安排、社会之结构、公民之质素与民众之信仰。故修宪法虽易，行宪政实难。

吾人行宪政之难，犹在此理念与制度皆出自西域而非生于本土，是中国之宪政理念源于传播，中国之立宪始于模仿。在此过程中，绍介迻译之事功莫大焉。然而，概览此一百年间迻译之西文典籍，相比于历史、哲学诸科，法政之书仍嫌太少，宪政名著更寥寥无几。吾人推行宪政之历程多蹇，究其因由，此或为其中之一端。近十数年，国人倡言法治，谈论民主，虽精神可嘉，终因游谈无根，不能成就系统之理论，更难对中国社会发展产生深远之影响。是故宪政之理论思考甚为必要，而此役仍不妨由译介始。

本编拟收书十一种，总字数约三百万言。选书之标准有二：曰兼容并包；曰偏重当代。盖西方宪政之理论与实践，渊源既久，牵涉亦广，吾人欲得其精髓，最忌急功好利。故今之论宪政者，不仅要熟悉其制度，了解其理论，亦须明白其渊源，把握其精神。非如此则不足以产生理论上之创见。再者，宪政非徒为理论，亦且为社会生活之实践。吾人研究宪政理论，旨在推进中国之宪政大业。兹事体大，自须循序渐进，更不必食洋不化，亦步亦趋。今日发达国家之宪政理论与实践，正处于时代转换之大变局中，彼邦有识之士因多反省之言、探索之见，此正当为国人所关注。如此，方能寓创造于学习，变后进为先进。

昔日，沈家本、严复诸前辈大量译介法政图书，开一代风习。吾辈踵武前贤，意在继续其事业，实现法治于中国。深望涓涓细流，终能汇为百川，流入大海，庶几吾辈知识者亦可不辱时代之使命矣。是为序。

公元一九九五年梁治平谨识。

第一部分
宪法思想与宪法制度

一　联邦制、地方分权与权利

托马斯·弗莱纳-格斯特

美国宪法自从两百年前确立以来，已影响了一些思想和事件。美国宪法所反映的各个主题中，没有哪一个像联邦制这样新颖，它成为后来联邦统一体的原型。

> 毫无疑问，“大公约”（the Grand Convention）的提议给 1787 年费城《邦联条款》划上了句号，并导致美国宪法的诞生，它深深地改变了联邦思想的发展进程，就像罗马帝国和德意志帝国对它们那个时代及其后的政治思想和政治制度的影响一样深远。[1]

美国宪法很大程度上借鉴了以前的政体模式。共和政体早在古代希腊和罗马就已确立了，并由政治家在以后的世纪里加以发展。总统制部分地基于英国宪制。《人权法案》是从《独立宣言》、弗吉尼亚及其它各州的宪法和英国 1689 年的《权利法案》演化而来的。但是，将自治、民主且具有主权的各州联合为一个联邦统一体，则是美国对宪治（constitutional government）作出的新的、创造性的贡献。

联邦权力有限的联邦概念早已反映在《邦联条款》中，但是美国宪法通过创设具有独立的、直接对个人行使权力的立法、行政、司法机关的联邦政府，开拓出一块全新的领域。将联邦的权力与州的权力结合在一起就产生了双重主权的概念。尽管两院制早已有之，但是美国宪法确立的是一种新的两院式的立法机关：一院代表人民，另一院代表各组成州，即构成联邦统一体的各个成员。这种两院制的新用法极大地影响了世界各地的联邦宪法。

联邦制在美国还有助于实现对个人权利的基本承诺。在美国宪法通过之前，所有邦联国家，如瑞士、荷兰和希腊，都是在以前具有独立主权的各州邦之上形成的，个人的地位都由组成邦联的各州邦来规定。在北美大陆，十三州独立于大英帝国之后也基本是独立的，且拥有最高统治权，与其居民的关系也由它们自己完全负责。但是，美国宪法第四条第四款保证各州在联邦统一体中实行共和政体。这样，联邦制第一次与共和主义结合在一起，这意味着给公民个人提供了政治权利。不同于法国大革命领袖们寻求在严格的集中制的基础上建立新国家，[2]美国的“自由主义者”确立一种民主权力更为分散的联邦制作为新的政体形式。1791 年增添的联邦《人权法案》加强了全国政府和个人权利之间的联系。其结果是保护个人权利不受联邦政府的侵犯，就如依照州宪法保护个人权利不受各州的侵犯一样。后来，南北战争之后通过的宪法修正案，使得美国宪法保护个人权利既不受联邦政府的侵犯，也不受各州政府的侵犯。

在本文中，我将努力展示美国联邦制的主要特征是如何影响上一世纪的欧洲宪法的，以及它们是如何继续影响全世界的宪法发展的。[3]

美国联邦制的影响

美国的新式联邦制从一开始就引起了包括拿破仑、拉斐特在内的欧洲政治家及政治思想家们不小的兴趣。但是，由于和美国革命相比，法国革命的目标更为积极进取，所以大革命之后的法国宪法采用了中央集权的激进民主

制，而不是美国的联邦制模式。在上一个世纪间，法国的中央集权制比美国的联邦制在欧洲的影响更大。只有瑞士努力按美国体制来修改自己的宪法，德国在一定程度上也这么做了。[4]

在二十世纪，美国联邦制的影响更为重大。许多国家，包括澳大利亚、德国、甚至苏联，都谋求在美国宪法中勾勒出的某些原则 基础上来实施联邦制。二战结束以来，随着联邦制引入许多截然不同的国家，如奥地利、缅甸、南斯拉夫、阿根廷、印度、[5]马来西亚、[6]尼日利亚、坦桑尼亚、阿拉伯联合酋长国[7]和委内瑞拉，[8]人们对美国的联邦制模式产生了特别的兴趣。

美国宪法的影响完全可能会继续增长，因为诸多问题威胁着古老的中央集权的国家结构模式。尽管联邦制也许不能被视作一个完全“成功的故事”，[9]但是，对许多国家而言，它为将来国家的发展提供了一种现实的政制结构。无论大国还是小国，无论像欧洲经济共同体这样的主权国家的国际集团，还是像西班牙、意大利和英国这样的中央集权国家，美国联邦制一直是有吸引力的。对许多国家而言，中央集权民主制的法国模式无法充分解决少数人的权利问题。某些中央集权国家所面临的困难根源就是那些具有独特文化或语言共性、聚居在特定地区的少数民族，比如西班牙的巴士克人和加泰隆尼亚人，法国的科西嘉岛人、阿尔萨斯人和布瑞顿人，以及英国和意大利各地的各种各样的宗教群体。这些群体有的在历史上就曾享有过一定程度的自治，它们在谋求恢复丧失于中央集权的自治的过程中，可能为将来的联邦宪政体制提供了动力。[10]将民主的理想与少数人的权利保障结合在一起是许多国家正面临的紧要任务，而联邦制可能有助于实现这一结合。[11]

联邦制与共和制

美国邦联各州并没有形成君主制。它们反对任何倾向于主权由上帝的恩典赋予某一个人的主张，而建立了一个基于《独立宣言》中明确阐述的人民主权之上的共和政体。这样，美国就采纳和实施了洛克的“社会契约”的概念。人民既可以任意实施它的主权，也可以任意分配其主权。要在先前独立的实行共和制的各州联合的基础上建立一个主权国家，人民主权比君权神授当然更为可取。

人民主权源于洛克的个人具有基本的且不可转让的权利这一思想。公民的权利包括建立他们自己的政府的政治权利。但是，政府要受到尊重其公民的权利这一义务的限制。一个奉行公民权和政治权的社会，可能倾向于创立一个联邦制的共和政府，这一联邦政府和各州政府共同分享受到限制的主权，如此分散政治权力的目的在于实现个人自由的最大化。

法国大革命中出现的《人和公民的权利宣言》也强调洛克提倡的不可转让的权利。但是，在法国，人们认为由于人类固有的平等，人权要求统一性，而且相信把民主立法机关作为制定和修改法律的唯一机关的集权中央政府最适合于保障民主和人权。

在联邦政府和组成各州之间分割主权的思想是从美国革命而不是从法国革命发展而来的。无论是法国人的民主概念还是拿破仑之后梅特涅确立的君主专制的环境，都不利于实现联邦制。对于已经建立的民主共同体，如瑞士的各州，通过创设新的统一体还有可能实行双重主权制。但是，在一个中央

集权的欧洲国家，无论是君主制的，还是民主制的，联邦国家是不可想象的。将中央统治权归于威斯敏斯特的英国，就不会接受地方当局的主权自治。从中世纪各城市公国联合起来的意大利非常关注统一，以致于不会容忍双重主权的思想。

上一个世纪的德意志帝国是普鲁士和奥地利影响下各诸侯国联合而成的，普、奥两个邦国一直在竞争帝国内的最高统治权。德意志国家在十九世纪的创立最终走向了普鲁士领导的联邦制，但这个联邦制很有限。在这种情况下，各邦平等这一关键的概念得不到实现，也不可能采纳这样的思想，即下议院必须是代表各邦人民而不是代表其君主的民主机构。上个世纪的德意志联邦的下议院仍然是一个公使委员会，他们的投票权反映了他们所代表的各邦的影响力。二战后德国的联邦宪法重新确立了这种下议院观念。由于在帝国建立以前皇帝从来没有拥有过对其臣民的完整权力，加之封建采邑的概念一直影响着德国的法律传统，所以促成有限的联邦主权还是可能的；但是，即使在今天，联邦德国的宪法还没有赋予各邦国像瑞士和美国赋予其成员各州那样多的自治权。

奥地利的情形有所不同。尽管是一个多民族的国家，奥地利几个世纪以来一直实行中央集权。所以，一战以后制定的第一部民主宪法顺理成章地带有某些联邦制的思想，而且二战后，这些思想再度出现。但是，在奥地利的联邦制中，中央集权的倾向仍很严重，而且在由凯尔森起草第一部民主宪法的国家，是不会接受双重主权这一概念的。

看起来，说只有内部结构民主的国家才能发展出真正的联邦政府体制似乎是有道理的。如果人们比较一下不同的联邦国家，可能会发现，那些认可或赋予人民的权力越多的国家，地方分权也就越彻底。瑞士的联邦、各州和基层组织都实行相当大的直接民主，所以它比加拿大甚至德国更多地方分权。

对三权分立的奉行也影响着联邦制。从英联邦中独立出来的各国都有一段殖民地的历史，那时，主权都集中归于威斯敏斯特。但是，帝国政府对这些殖民地的权威在历史上并没有根基，与依附于君主制的议会主权传统没有任何联系。因此，这些殖民地国家很容易在独立问题上放弃完全主权而接受各民族、各部落和各地区的自治，这就使联邦政府有可能在某些国家发展，如加拿大、澳大利亚、尼日利亚和印度。实行议会民主制的国家，由于立法机关控制着行政机关，比起行政权与立法权相分离的国家（如美国和瑞士）就更难以接受中央与地方分享主权。承认不同的政府机关之间分享主权的国家更容易接受在州政府与联邦政府之间分割主权。

当然，像苏联这样实行独裁体制的国家也制定了“ 联邦的 ”宪法。但是，研究一下苏联所谓的联邦宪法就会发现，国家实权属于集权的、独裁的共产党中央。另一方面，南斯拉夫的情形又有所不同。由于其历史和地理的独特性，其联邦体制高度分权。看起来唯一集权的机关只有军队，或许包括秘密警察。尽管人们无法预料它在多少有点独裁的统治下是否能够应付其多样性局面，但是南斯拉夫更为民主这一事实恐怕要归因于它实行了比苏联更真实的联邦制。

美国联邦制的标志及其影响

美国的联邦制并非基于地方分权的政治理论，而是出于建立一个具有共和政体的“更完美的联盟”这一迫切的、实际的需要。[12]美国的开国元勋们独一无二的创造性思想基于这样一个信念，即可以在国家的层次上使各种共和原则结合起来而无损于地方单位的自决与自治。美国宪法的“革命性”特征就在于它将联邦制和共和制结合起来。

> 新国家的伟大成就既不在于共和制、独立和《人权法案》，也不在于扩大了机会。其独特的成就是联邦制本身。但是，在如此广阔而又未知的领域中将共和制和联邦制结合起来的努力，在十八世纪的欧洲人看来，似乎是走向灾难。[13]

双重主权

将剩余权力留给地方政府,而将中央政府建立在双重主权基础之上,[14]这是一个全新的思路。此前，孟德斯鸠曾发展了有关双重主权概念的基本原则：

> 在这种政体中，几个政治实体联合组成一个比它们愿意形成的国家更大的国家。这个由许多小社会组成的社会形成了一个新的实体；它可以通过加入新成员而壮大，直到它的权力无法保护加入进来的成员的安全时为止。[15]

但是这种双重主权的思想，无论在瑞士各州的联盟和荷兰联盟，还是在德意志帝国都没有完全实现。这些联盟都是由独立的成员组成的邦联，只有在外交政策上邦联的命令对其成员州邦具有约束力，而几乎所有其它的决定权仍留在各组成州邦内，特别是，邦联不对普通公民行使统治权。

在美国建国以前，人们一直认为共和政府唯一可能的方式就是高度中央集权的模式。这种集权模式，后来由于大革命后对法国的追随而得到支持，极大地影响了在十九、二十世纪寻求建立共和统治的欧洲国家。

欧洲的宪政受到布丹和霍布斯提出的诸原则的强烈影响。尽管他俩在政治观点上的共同之处并不多，但是，关于绝对的、不可分割的主权的思想，两人所见略同，他们都主张只能有一个最高统治权。基于这种信念，欧洲的宪法不大可能采取权力分割和美国的制约平衡体制，而且欧洲的政治理论家们也不大可能支持双重主权这一概念。

依照欧洲的政治思想，尽管政治权力可以分立，但分立了的政治权力不能是平等的。[16]一般而言，必须有一个基本的立法权来控制和监督其他权力。法国的政治学说强调权力必须分开但不能用来相互牵制。[17]举例来说，法院就无权制约立法权，也无权控制行政官员是否超越权限。所以，在法国，整个行政监控存在于一个特殊的机构——行政法院，它遵循更新颖的行政法模式。直到本世纪中期，它一直是民法法系国家的行政法组织的唯一模式。

考虑到这种分权观点，欧洲的政治学说不支持双重主权的概念就没有什么可奇怪的。即使在实际的政治中，由于君主作为国家首脑的传统与权力相互分立但又平等的概念是不合拍的，所以也不可能发展出双重主权的机制。但是，只有采纳双重主权这种思想，美国才能发展出总统制，并使其成为替换议会制的主要制度。

通过引进双重主权的概念，美国宪法提供了一种可行的共和政体的替换形式。[18]美国联邦制的重要特征就是三权分立与这种双重主权概念相结

合。这种结合既支持了联邦政府内“制约平衡”制度的发展，又支持了联邦政府和州政府之间的“制约平衡”制度的发展：

> 在单一共和制中，人民交出的权力都交给了单一政府的行政机关，并通过将政府划分为分立的部门来保障权力免遭僭夺。在美国的复合共和制中，人民交出的权力首先在两个截然不同的政府之间划分，然后，分给每一个政府的那部分权力又进一步在不同且分立的部门之间划分。这样，人民的权利就有了双重保障。不同的政府将会相互制约，同时，每一个政府又受到自身的制约。[19]

美国宪法不仅确立了对中央政府的制约，而且弘扬了“垂直分权”的思想——某些权力授予中央政府，而剩余的权力仍归各州：

> 宪法授予联邦政府的权力是有限的且明文规定的，而州政府保留的权力则是大量的、不明确的。前者主要是运用于对外，诸如战争、和平、谈判和对外贸易；在大多数情况下，这至少涉及到征税权。而保留于各州的权力将会扩展到在通常情况下所有涉及人民的生命、自由和财产以及本州的治安、进步和繁荣的对象上。[20]

联邦政府和州政府之间权力分割可能是美国联邦制对欧洲国家最有影响的概念。这些国家又将这一原则加以改造使其适合于欧洲大陆的民法法系。[21]

美国联邦制的各种不同特点得到了不同程度的接受。

双重行政体系和双重法院体系

当征服者威廉在其王国内创设了中央法院体系时，他并没有废除英格兰原先就有的地方法院。地方法院仍然发挥作用，并行使其管辖权，国王的法院取得对地方法院的支配地位是一个缓慢的过程。[22]在相当长一段时间里，两套不同的法院体系——古老的盎格鲁—萨克逊法院和诺曼国王的法院——都有其最初的管辖权。所以，英国传统习惯于一个有不同管辖权的体系，习惯于几个法律体系对几种不同类型的裁决行使不同权力。这样似乎就可以理解美国的开国者们何以采用联邦法院和州法院——这两种法院都对公民行使管辖权。“由于对主权的划分使得在某些案件中必然由二者共同行使管辖权”。[23]

这种法律并置的概念对于欧洲大陆的法律观和法理学来说是相当陌生的，特别是由于凯尔森提出的等级阶梯理论（Stufen-theorie）的发展更是如此。[24]依照这一理论，法律是一种单一的因素，它不能被分为互不连接的法律体系。每一个法律体系都是围绕 Grundnorm，即基本规范建立起来的。不同的层次之上有不同的规范，最高层次的规范在宪法之中，依次是成文法、条例等等。基于这种理论，立法机关是唯一的立法者，它根本没有为法院立法或行使特权留有余地。

为了确立以联邦法律和州法律为基础的法律体系，欧洲的国家不得不使双重法律体系适应大陆法中央集权的信条。这意味着法院将要同时适用联邦法律和州法律，这就导致 Vollzugsfö de-ralismus，即行政联邦制的发展。与美国不同，欧洲联邦国家的联邦法是由国家公务员而不是由联邦机构来执行。

美国的法院体系与其它联邦制国家的法院体系也有类似的不同。作为具

有普通法传统的联邦制国家，美国确立了两套管辖权相分离的不同法院体系。[25]宪法赋予国会以创建下级联邦法院的权力，且国会从一开始就创建了这些法院。[26]下级联邦法院行使“合众国的审判权”，适用联邦法，它们只在特殊案件中偶尔适用州的法律，例如根据其“不同管辖权”，在不同州的公民之间的诉讼中就适用州法。尽管要求州法院在涉及美国宪法、联邦法和联邦条约时适用这些法律，但是它们一直主要适用州法。其结果就是一种混合，每个法院体系在某些案件、在某种程度上适用另一个法院体系所适用的法律，但是在原则上它们都主要适用自己的法律。其它联邦国家，即使是澳大利亚或加拿大这些具有普通法传统的国家，也没有以这种方式采用这个原则。[27]

双重法院体系的概念（为了和民法法系相比较，这一概念在此大大地简化了）对于实行民法法系的国家的确很陌生。依照民法法系的理论，法律构成一个统一的整体，由立法机关制定且必须由法院来适用。法律体系被看作是一个不可分割的单元，而且由于联邦法院和州法院都必须同时适用两种法律，那么建立两个相互分离的法院系统就没什么意义了。所以，在民法法系的国家，每个联邦单位只有一个法院、一个执行和管理机关来实施州的法律和联邦的法律。

开始各州的剩余权利

也许历史比理论更能解释各种联邦制度的差异。一些联邦国家，诸如美国和瑞士，源于具有主权的各州的联合。在这些国家，各个州当初皆有主权，它们将某些权力转到联邦政府手里而仍然保留其余权力。与此相对照，从中央集权制演化而来的联邦国家，诸如奥地利、某些英联邦的国家、还有某种程度上的联邦德国，都是通过地方分权而建立联邦制。在这些国家，剩余权力起先属于皇帝、国王、或总督，实行联邦制后仍然归属于中央国家。依照君主制的传统，剩余权力归于君王，它是“正义的源泉”，剩余权力集中于中央机关。但是，在瑞士——如同在美国——这种权力属于各州且建立在地方议会的民主权威的基础上。这样，瑞士的中央政府的权力是从下而上建立起来的，而不是自上而下指挥的。

主权国家联合产生联邦国家必须先确定中央政府有效统治所需要哪些权力，然后决定哪些权力要交给中央政府。由此产生的联邦国家必须考虑到作为其成员的各州的愿望。所以，双重主权可能最适合于——或更有可能产生于——这样一些国家：其成员在组成联邦之前就享有最初的主权。另一方面，通过地方分权的方式形成的联邦制国家中，中央政府对权力的划分行使更大的控制权。地方政府会被赋予一些权力和某种程度的自治，但是不会太多，不会妨碍中央政府对所有公民承担责任。

即使权力划分的结果有时看上去似乎相同，或者无论人们看见杯子里是半空还是半满[①],分享权力的质量仍然因为联邦国家产生的历史背景的不同而产生不同。联邦的成员在加入联邦之前是一个主权国家，它就有统一的历史基础和已确立的国籍概念、法院体系和政党，即使在它加入联邦后，这些东

[①] 一个杯子里有半杯水，这既可以说“半空”，亦可以说“半满”。这里比喻对同一事物所作的不同角度的界定和描述。——译者注

西仍然在本地方具有重要意义。这种历史遗产和社会、政治、文化传统也许是无法由整个联邦社会来分享的。

在美国的历史背景中，剩余权力在原则上仍归地方各州。国 28 会只有那些"在此被授予"的权力（第一条，第一款），那些没有授予联邦政府的权力仍然保留在各州或人民当中（第十修正案）。与此相似，瑞士宪法第三条宣布，联邦仅仅拥有那些宪法赋予的权力，其他所有的保留权力归各州。[28]美国转变为一个经济统一、大陆性的和世界性的强国，其联邦制特征同时也发生了转变。但是，美国在诸多方面仍然反映出联邦制的历史，以及各州当初保留的剩余主权。

各州参与宪法修改

从中央集权国家而来的联邦政府对联邦宪法的特点似乎也有不同看法，制定宪法以及修改宪法的程序也有不同。在美国和瑞士，宪法是一州一州通过的，在美国，宪法要获得各州的批准。各州在宪法修正案的通过中曾经起过、而且一直起着重要的作用。在其他多数联邦国家中，宪法只能由全国性的立法机构来修改，与各成员州是否同意无关。

两院制

两院制并不是美国的发明，也不为美国所独有。两院制立法机关既存在于联邦制国家也存在于单一制国家。目前（二十世纪末），有五十多个国家实行两院制的立法体制，其中十八个国家是联邦制国家，其余的皆可划为中央集权的国家。[29]英国和法国是欧洲的两个中央集权最厉害的国家，都有两个立法院。相反，一些联邦制国家，如阿拉伯联合酋长国，却并没有建立两院制。[30]

但是美国的两院制明显地具有联邦主义的目的和风味，且影响了其他联邦制国家，特别是瑞士。

体现于美国参议院的思想对欧洲的联邦制尤为重要：

> 尽管应当绝对地服从联邦的总的权力，但是，无论在理论上还是在事实上，这仍然是一种州的联合或一个邦联。宪法根本不是要废除州政府，而是通过让它们在参议院行使直接代表权，使它们成为国家主权的一个组成部分，同时也让它们自己掌握部分排它性的、非常重要的统治权。从这些术语的合理含义来讲，这完全符合联邦政府的思想。[31]

在美国，无论州的大小如何，它们在参议院里有平等的代表权，[32]而且参议院被赋予和众议院几乎相当的立法权，这都是大、小各州之间一些关键性的妥协。它影响了瑞士的联邦制，尽管它并没有影响到奥地利和德国的制度，在那里第二立法院和国家院的权力并不平等，各州的代表权也不完全平等。

汉密尔顿和麦迪逊似乎为参议院作为国家利益的代表和国家主权的象征进行了辩护。[33]依据《联邦党人文集》，两院制也是保护民主的一种手段。"两个截然不同的机构要谋划僭夺民权或背离职守，就必须取得一致的意见，否则只要有一个机构有野心和腐败就足以这么做了，这样一来人民就得到了加倍的保护。"[34]

美国的两院制是一种富有启发性的模式。瑞士并没有两院制的传统，究竟要一个议院还是两个议院是瑞士历史上争论不休的一个问题。在其历史上和在持续不断的争论中，很明显受到美国宪法的影响。1800 年，拿破仑曾考虑过按美国模式制定瑞士新宪法。爱伯特 · 斯丹玻斐，瑞士驻巴黎公使，写信给政府说拿破仑希望瑞士实行地方分权，创设不同的州并由两院制的议会统一起来，其中一个议院就效仿美国的参议院。[35]1837 年，詹姆士 · 法兹，一位来自日内瓦的自由主义政治家，提议制定类似于美国模式的宪法。[36] 随着内战的结束，邦联国会于 1848 年 2 月 21 日决定将国家重新统一起来，制定联邦宪法，并提议把美国宪法作为集权主义和地方主义相妥协的典范。

大多数的联邦宪法皆规定两个立法院。但是，除瑞士以外，大多数联邦国家的下议院的组成和结构与美国模式相去甚远。这种区别的主要原因在于政府体制之间的不同。多数联邦国家都受了威斯敏斯特模式的影响，在这种模式里，一个立法院完全控制着政府。由于选举、控制和解散政府是议会的职责，所以，赋予两院以相等的权力就意味着招致严重的冲突。美国的开国元勋们赋予参议院类似于英国枢密院所拥有的权力。这就是为什么众议院在征税议案上有特别责任，而参议院在批准条约和任命法官和高级行政官员方面拥有更大权力的原因之一。由于瑞士没有这种传统，所以就没有打算过给 " 联邦院 "（该院依照各州来设定代表）以比另一个院更大的特权。看来，瑞士是唯一接受一个院内各州代表平等这一思想和两个院的权力平等这一概念的联邦制国家。

联邦制和个人权利

没有人给 " 共和政体 " 下过精确的定义。除了其它的一些特征外，它似乎暗含着某种程度的民主，某种程度的个人参与自治；它也可能暗含着对个人权利的实质性尊重。美国对共和政体的保证是针对各州而不是针对公民个人作出的。不过，美国宪法批准后不久就增添了一个人权法案。

《人权法案》适用于联邦政府。它并没有保障个人权利不受各州的侵犯。这种保障留给了各州的宪法。因此，保护个人权利不受州的侵犯在原则上可能一个州与另一个州是不同的，而且在任何州里，保护的标准都可能与联邦的标准不尽相同。只有在南北战争之后，通过宪法修正案才使个人权利的保护大大地 " 国家化了 "。第十四条修正案特别要求各州依照法律的正当程序为个人提供生命、自由和财产方面的保护，依照第五修正案，这同样也适用于联邦政府。通过后来的进一步解释，第十四条修正案被认为是为了使《人权法案》的大部分内容可适用于各州。通过一个不同寻常的宪法解释的逆向进程，第十四条修正案要求各州实行的法律平等保护被认为也同样用来要求联邦政府。美国宪法规定的权利既受到州法院的保护，又受到联邦法院的保护，但是，只有联邦最高法院才最终决定权利保护的范围，以及在具体案件中权利是否受到了侵犯。

在美国，个人权利在很大程度上已被 " 同质化 " 了，因此同样的保护适用于所有的州并涉及到州和联邦政府。现在，美国的联邦制对个人权利并没有重大的影响。但是，一个州可以根据其宪法，给个人权利提供比联邦宪法所要求的更大的保护。州法院将依照本州的宪法来保障权利的实现，而这些权利无论州法院还是联邦法院都不认为是受联邦宪法保护的。美国联邦制对

权利的影响很大程度上在于双重主权这个原则，这个原则允许各州在自己的地域内独立地保护人权。总体上讲，在联邦制国家，或者是通过宪法法院对公民自由予以统一保护，如德国，或者是在不同的各州接受“不同种类的自由”，如瑞士。尽管瑞士宪法确保基本的宗教自由，但是这种自由的性质在一个州与另一个州却不一样。

依照美国宪法，联邦政府必须向各成员州保证联邦实行共和政体。瑞士宪法和联邦德国宪法也规定了同样的保证。这些宪法不仅具有类似的民主政体观，而且为民主政体提供了相似的保障。

有时，联邦制与平等、不歧视和少数派权利这些原则有密切的联系。现在，在许多国家，最重要的少数派问题似乎都与语言的、文化的和宗教的自治有关。在加拿大，最高法院认为禁止对其父母不讲英语的魁北克儿童进行英语教育的法律是违宪的；最高法院坚决主张每个公民都有权送其子女在讲法语的学校或讲英语的学校去上学，而不论他们的母语是什么。在这个问题上，瑞士的处理方法就迥然不同。孩子们依照其户籍所在地的官方语言而分别接受德语、法语、意大利语或拉丁系方言的教育。瑞士宪法法院认为学校所采用的语言必须和学校所在地的传统语言相同。这样一来，在不同的联邦国家，与文化上少数派的发展相联系的自由权就会引起不同的宪法问题。

在实行中央计划社会主义经济的联邦国家南斯拉夫，它的宪法赋予其成员共和国相当大的自治权，这些共和国具有不同的民族、语言、文化和宗教的背景。在一个只给公民个人有限自由的政治制度中，赋予各联邦成员发展自己利益的自治权就具有特别重要的意义。

从某种意义上讲，联邦制对人权的意义在总体上是含糊不清的。联邦制能够为宗教上、语言上或政治上的少数派发展其自治领地提供机会；但在另一方面，它无法在整个联邦内保障同等的自由。作为地方自治的结果，某共同体内的少数派次群体的政治权和文化权就得不到充分的保护，特别在没有可以适用的联邦标准，没有联邦司法机关来实施这一标准时更是如此。

在不同的联邦体制中，在教育上适用平等原则也会导致不同的结果。在美国，依照宪法，教育并不是联邦的责任。国会提供了联邦教育基金，并且确立了某些最低标准作为获得该基金的条件。但是，从总体上讲，教育是各个州的责任。美国宪法并没有要求各州提供教育，也没有禁止各州在教育方面采取不同的作法。但是，法律平等保护的要求会禁止任何州在教育方面对个人实行恶意的歧视。

类似的情形也存在于其他联邦体制中。瑞士各州的财政很大程度上独立于联邦，例如各州与联邦都有征税权。其结果，瑞士公民依照他所居住州的不同而交纳不同的税款。相反，在联邦德国，税制集中得多且依据平等原则，即禁止不同的州征不等的税。

联邦制使个人和团体接近决策权的程度提高。例如，如果只有 14000 人决定应如何组建学校，比起 700 万人的政治单位来决定同一事情来说，个人就会对决策过程有更大的影响。但是，在给团体赋予权利方面，联邦制可能引起个人和团体之间的冲突。在这种情况下，联邦当局必须确定哪些权利优先，而且必须估计这种争执对少数派团体间关系的影响。例如，如果瑞士最高法院在语言问题上不考虑地域性原则，那么瑞士各种不同的语言群体之间就会产生严重的冲突。

在多数联邦国家的历史发展中，个人权利不断增长而群体权利不断减

少。瑞士确立男女平等的选举权就是一个极有说服力的例子。只有在许多州赋予妇女平等的政治权利之后，才有可能使瑞士的大多数男性选民确信，在联邦一级也应给妇女以投票权。但是，即使在今天，瑞士的两个“半州”（two half－cantons ofAppenzell）并不承认联邦政府在其地域内有权推行平等权。依照它们的观点，它们的政治自治必须优先于国家的个人权利观。在瑞士，政治权利与财产权利紧密相连，特别是在征税问题上。瑞士低税收但高效管理的主要原因之一就是瑞士公民在州一层来决定征税问题。

通过地方公民议会行使政治权利可以防止当局滥用权力。在大陆法系的国家，法院并不是权利的有效保护者，少数服从多数的民主机构对保护个人自由有重大责任。在大陆法系国家实行联邦制可以通过确立更有效的政治控制来保证更好地保护个人权利。

联邦制与福利国家

本世纪早期，美国的联邦制似乎成为社会立法和步入福利国家的绊脚石。尽管各州，后来还有联邦政府，提出了一些公平劳工立法、社会保障法律和其他福利措施，但最高法院裁定其中许多无效，联邦立法被认为超越了授予国会的管理州际贸易的权力范围。而对贸易条款的狭义解释是直到半个世纪之前才被放弃的。

在财政自主的程度方面，联邦制国家和单一制国家以及联邦制国家之间都有很大的不同。美国宪法的第一条第八款赋予国会以一般的征税权以偿付国债、维持国防和提供公共福利；第十六条修正案规定国会有权征收累进税。在瑞士，立法机关没有一般的征税权；瑞士宪法对联邦征税权规定了严格的限制。现行的税制只允许联邦政府征收从量税（specific taxes）和印花税，同时有限地分享州的一般所得税税收。联邦国家中联邦成员财政独立的程度决定着将要出现的福利国家的类型和这个国家总体上的政治构架。

联邦制使得各州能够带头进行进步立法，但是许多重大问题的解决还有赖于中央提供资金和制定共同的发展规划。所以，一个州在与其它州打交道时坚持低标准就不可能获得经济优势。[37]在瑞士，1874 年的宪法规定了保障商贸自由的条款，以取消州在经济上的优势。联邦德国宪法的第十二条也规定了类似的内容。这些例子都说明了这样一个观点：增进州经济利益的各州自治可能有损于联邦国家的整体利益；无论是实行自由主义的经济体制，还是实行社会主义的经济体制，几乎所有的联邦制国家都对此深信不疑。

福利国家的发展有时会促进中央集权。联邦政府可以直接地发展福利机构，也可以间接地通过给州或私人福利机构提供财政资助；无论哪一种情况，联邦政府都提高了自己的中央权力。这种现象既可以在瑞士这样的联邦小国里见到，亦可以在美国这样的联邦大国里见到。国会运用它的权力为总体福利花钱，而不考虑州的界线，但是在发展“合作联邦制”这种制度的过程中还是很有想象力的，它将联邦的资金、联邦的标准与地方的管理结合在一起。

福利国家的发展也许还能起到地方分权的效果。福利国家要求高额税收，而对福利机构进一步增长的抗议迫使税金分配的决定过程分散化。

环保问题及各州之间国际和国内合作的必要性使得最近产生了一些新的机构和决策程序。例如，美国的州长会议在欧洲，如德国和瑞士，都能找到相应的机构。在这些会议上，各州政府的代表定期举行会晤来解决联邦干预

引起的问题。这种合作的结果就是通过一些具有联邦法特征的“条约”，但是，可以依照国际法原则对其加以解释。这样的活动在美国见得到，在欧洲的社会主义和非社会主义的联邦制国家也见得到。在地方文化层次上进行进一步国际合作的需要将会得到加强。

总而言之，福利国家的发展，随着宗教的、文化的和历史的共同体而产生的新的文化认同以及处理当代环保问题的必要性，都将导致各种新的联邦机构的诞生。但是，在欧洲，这种机构有可能不会按照美国的独立机构的传统来发展。

几点结论

（1）美国的联邦制是一项具有首创性的独一无二的成就。美国联邦制的首创性在于美国开国元勋们有能力将民主和自然权利的理论概念与允许多样、反对同一的实用主义观点结合在一起。这一点部分地是通过确立双重主权来实现的。

（2）在十九世纪，美国的联邦制影响了瑞士的宪法，在某种程度上也影响了德意志帝国。在那个世纪，它对其它国家的影响并不大，因为，那时，大多数国家要么实行中央集权的君主统治，要么强调国家统一以防止分裂。由于这个原因，法国革命所信奉的激进的统一思想引起了更大的兴趣。

（3）在二十世纪及以后，美国的联邦制作为邦联和国际组织的模式，或者作为中央集权国家为了给居住在特定地区的少数者集团以主权而寻求地方分权的模式，都将会变得越来越重要。美国联邦制的影响可能在将来会更加突出，因为它允许在一个由于社会的、技术的和经济的原因而需要中央集权机构的世界，实行机构上的中央集权，同时它也允许通过促进多样化实现地方社区的民主自治。

（4）美国联邦制之所以产生深远的影响，是因为它没有提供意识形态的国家概念，而是提供了主权可以被不同单位分享这一更为实用主义的观点。比起霍布斯式的社会契约概念，这种实用主义的观点更符合当代国际和国内的现实。

（5）尽管多数联邦制国家并没有完全照搬美国的宪法模式，但是，它们采纳了美国联邦制的一些重要制度，如联邦与州分权，各州参与决策过程，民主政府，以及对州的各种决定进行合宪性审查。

（6）福利国家的发展产生了进一步实行中央集权的需要。在民主的社会里，这种需要在远离中央权力宝座的地方不可能马上被接受。从而，基于社会原因而促进中央集权的运动就与基于政治原因而倡导地方分权的运动产生了对抗。美国的联邦制概念，以及它对主权的实用主义观点，可能有助于现代的宪政制度发展出建立在由不同单位分享的可以分割的主权基础上的模式。

（7）联邦制与民主紧密联系在一起。在地方民主制度高度发达的国家，联邦结构和地方分权力量的影响力比起在由议会而非人民作出地方性决定的国家中的影响力要大得多。

注释

[1] S. Rufus Davis, The Federal Principle(Berkely: University of California EPress, 1978) ,p.75.
[2] Francois Luchaire, Le Droit de la Décentralisation (Paris:Presses Un- iversitaires de France 1983),p.46.
[3 由于瑞士是第一个在某些方面采用美国模式的联邦制国家，又因为我研究过瑞士的联邦制，所以，对瑞士宪法我将特别关注。
[4] Eckhart G.Franz,Das Amerikabild der deutschen Revolution von 1848/ 49(Heidelberg: C.Winter,1958);Robert von Mohl, Das Bundesstaatsrechtder Vereinigten Staaten von Nord-Amerika(Stuttgart and Tübingen,1824) ;Ignaz Troxler,Die Verfassung der Vereinigten StaatenNordamerika's als Musterbild der Schweizerischen Bundesreform(Schaffhausen,1848);J.C.Boogman and G.N.van der Plaat,eds.,Federalism:History and Current Significance of a Form of Government(The Hague:M.Nijhoff,1980)
[5] Bharati Ray,Evolution of Federalism in India (Calcutta:Progressive Pu-blishers,1967)
[6]Tan Mohamed Suffian,The Constitution of Malaysia:its development, 1957 — 1977(Kuala Lumpur;New York: Oxford University Press, 1978).
[7]K.G.Fenelon,The United Arab Emirates:An Economic and SocialSurvey(London:Longman,1976).
[8]Ernst Deuerlein, Foderalismus; die historischen und philosophischen Gr- undlagen des foderativen Prinzips (Munchen: P. List, 1972), p.290.
[9]Richard B. Morris, "Federalism: USAStyle," in Boogman an d van der Plaat, Federalism, p.79.
[10]Raymond Carr,"TheRegionalProbleminSpain,inBoogmanandvander Plaat, Federalism,p.268;Davis,The Federal Principle,pp.121ff.
[11] Max Frenkel, Foderalismus und Bundesstaat,vol.1(Bern:Peter Lang, 241984).
[12] Harold Laski,The Problems of Federalism (London:1931),p.50.
[13]Richard D.Lambert, in The American Revolution Abroad: (1976)428: 15, of The Annals of The American Academy of Political and SocialScience (Philadelphia:American Academy)。在君主制下，构建一弱联邦，差不多是个奇迹，尤其是还有像英国这样的强国反对。它之所以成拿破仑的战争，而把美国革命看作是自卫性的，不像法国革命那样具有 TITLE 性。参见 Carl rich, The Impact of American Constitutionalism Abroad(Boston:Boston University Press 1967), pp43ff。有关新国家拟议中 · 麦迪逊在《联邦党人文集》（第 39 篇）中写到，“在严格意义上，它既不是国家宪法也不是联邦宪法，而是二者的合成。其基础是联邦性的而不是单一性的；在政府一般权力的来源

方面，它一半是联邦性的，一半是国家性的；在这些权力的运作上，它是国家性的，而非联邦性的；再者，在它们的范围上，它是联邦性的而不是国家性的，最后，在修正宪法的权力方式上，它既不完全是联邦性的，也不完全是国家性的。”

[14] Morris, "Federalism,"P.88.

[15] Montesquieu, Del'Esprit des Loix(Geneva:Barrillot,1750)卷九，第一 LE 章。

[16] Michael Bothe, Die Kompetenzstruktur des modernen Bundesstaates(Be- rlin:New York:Springer Verlag,1977).

[17] R.Carré de Malberg,Contributiton à la Théorie generale de l'Etat(Paris: Librarie de la Société du Recueil Sirey, 1920), p.346, Section116.

[18] 一些法国革命家确实很理所当然地提倡联邦制思想，尽管并没有取得成功。参见 P.H.Proudhon,Du Principe Federatif et oeuvres diversessur les problémes politiques européens, J.L.Puech,and Th.Ruyssen, eds.(Paris:Mrivière 1959)。

[19] Madison, Federalist Papers, 第 50 篇。

[20] 同上，第 45 篇。

[21] Kenneth C.Wheare, Federal Government, 4th ed.(London, New York: Oxford Univ.Press,1963),p.10. 亦可参见 Bothe,Die Komp-etenzstruktur,137。

[22] Ronald J.Walker and Michael G.Walker, The English Legal System,5thed.(London:Burtterworths 1980),p.3.

[23] Alexander Hamilton, Federalist Papers, 第 33 篇和 82 篇。

[24] H.Kelsen, "VomGeltungsgrunddesRechts," inK. Zemanek, ed., Volkerrecht und rechtliches Weltbild (Wien:Springer,1960), pp. 157ff; H.Kelsen, "Was ist reine Rechslehre," in Demokratie und Rechtsstaat. Festgabe zum 60. Geburtstag von Zaccaria Giacometti, September26, 1953(Zurich:Polygraphischer Verlag,1953).

[25] Henry M.Hart and Herbert Wechsler,The Federal Courts and theFederal Syste (Brooklyn:The Foundation Press,1953).

[26] “联邦原则若被严格适用的话，人们就可能期望在联邦中建立双重体系，其中一个法院系统适用和解释联邦政府的法律，而另一个则适用和解释各州的法律。”Wheare, Federal Government, p.65.

[27] zelman Cowen, Federal Jurisdiction in Australia (Melbourne: OxfordUniversity Press, 1959); Rapport de la commission royale d' enquete sur les problemes constitutionnelles, vol.2(1956), pp.95ff.

[28] 在美国宪法和瑞士宪法的起草过程中，对规定权力分配的条款是否应该严格表述，是否应该只授予特别列举的权力，产生过相似的争论。有趣的是，美国和瑞士的宪法起草者都反对“应该”的提议。美国和瑞士的宪政主义都接受隐含的、固有的权力的观点；但是，尽管这种信条影响了瑞士的宪法理论，对其议会的实际决定，却没

有多少影响。瑞士议会严格解释宪法，为的是防止联邦的权力变得过于强大。

[29] Laurent Trivelli,Le Bicaméralisme:institutions comparées (Lausanne: Papot,1974), pp.63ff.

[30] Trivelli,Le Bicaméralisme,pp.63ff.

[31] Hamilton,Federalist Papers，第 9 篇。

[32] Madison, Federalist Papers，第 62 篇。

[33] Federalist Papers:Hamilton，第 9 篇；Madison，第 39 篇。

[34] Madison,Federalist Papers，第 62 篇。

[35] Eduard His, "Amerikanische Einfluesse im schweizerischen Verfassungsrecht" (Bundesstaatsform und Zweikammersystem, Festgabe der Basler Juristenvereins Zum Schweizerishen Juristentag, Basel, 1920), p.89; Johann Strickler, Actensammlung aus der zeit der Helvetishen republik(Bern:Stampflischebuchdr.;1886－1905) 6：260.

[36] Henri Fazy,James Fazy, Sa Vie et Son Oeuvre (Geneva:Georg, 1887),p. 16.詹姆士·法兹也提议西班牙宪法采用联邦结构，参见前引书第 95 页。

[37] U.K.Hicks,F.G.Carnell,W.T.Newlyn,J.R.Hicks,and A.H.Birch, Federalism and Economic Growth in Underdeveloped Countries (London:Allen and Unwin, 1961), pp.156ff; Walter Hartwell Bennett, American Theories of Federalism (University:University of AlabamaPress, 1964), pp.197ff.

二欧洲的违宪审查

路易·法沃勒

欧洲人对美国宪法法理最感兴趣之处，莫过于违宪审查思想及其对基本权利的保护了。欧洲国家一直想要引进一些类似的制度及做法。然而直到最近，特别是在法国，美国式的“宪法司法”仍然具有一种神话般的性质——表面上简单已极，但却是一种理想的不可实现的制度。对美国宪法法理令人迷惑的阐述有时甚至影响了政府的作为和欧洲学者的写作。比如在法国，违宪审查的研究与教学仍然是以对美国模式的理想化理解为参照的，但这种模式实际上却从未写入法国的任何一部宪法中，也从未实施过。意大利和西班牙也建立了与美国通行的大为不同的违宪审查制度。

从历史的观点看，对欧洲各国之宪法发展及人权保护，美国的示范无疑起了决定性的作用。美利坚合众国的制宪元勋所汲取的是欧洲十七、十八世纪期间发展起来的智识背景，但美国却是世界上第一个精心制定现代成文宪法及人权法案的国家。

法国 1789 年《人和公民权利宣言》及 1791 年宪法是发端于美国的宪政主义的第二个实例。1789 年 7 月 11 日，马基斯·德·拉斐特将美国《人权法案》的第一稿呈到法国制宪会议——回忆一下这件事是很有意义的。拉斐特在这些基本文件起草期间曾逗留美国，他在逗留期间形成的对美国观念的激赏是众所周知的。还有，尚皮翁·德·西塞在同年 7 月 27 日向制宪会议报告宪法委员会的工作，以及在拟议中的法兰西宪法前加上一个人权法案的决定时，曾说：

> 这种高贵的观念是从另一半球传来的，并将在此第一个贯彻实施。我们参加了使北美获得自由的事件，它向我们表明了，为保持自由，我们应当依靠哪些原则。过去我们奴役过的新世界，今天反过来告诉我们，怎样才能保护我们自己免受奴役。[1]

如此这般地，美国向欧洲输出了它的成文宪法概念和人权法案概念。可以毫不夸张地说，现代意义的宪法概念本身，就来自美国。一位博学的先生说：

> 美国宪法对法国宪法起草者政治观念的冲击，至今仍是一个见仁见智的问题。革命成果的独特性过于清晰，以致于不能简单地认为那只是波士顿、费城孕育、表述的几个概念的移转的结果。但是，对于宪法概念本身来说，美国革命的回响仍清晰可闻。这时不仅是学术推演，而且有经验为证，一个民族可以自愿单方面决定，赋予自己一部宪法。约翰·亚当斯和本杰明·富兰克林在城镇、俱乐部、门厅甚至宫殿中所受到的欢迎不仅反映了人们对他们奉行的自由主义哲学的喜爱，也显示出他们对“制造”了一部宪法的人是多么仰慕与好奇！美国思想的冲击详见 1789 年的“会议记录”。[2]

贵族和教士仍然对传统观念忠心耿耿，声称法国已有一部基于传统的宪法。但是 Tiers（第三等级）却要求起草一部新式宪法。他们说，一旦同意这一点，人民就将通过意志的主权行为开辟一个崭新的政治纪元。

上面提到的那位先生也强调了美国的早期经验对法国宪法起草的决定性影响：

> 《关于美国的法语著作批评书目集》所列的美国宪法的法文译本可谓洋洋大观。对新生的美利坚共和国的成就兴趣如此之大——尽管未导致引进它的具体制度——表明这些制度的建立方式的确导致了广泛的注意。[3]

美国对宪法理论的贡献有分权制，即所谓（美国式的）“总统制”，还有违宪审查。关于分权，美国经验引发了学术上的巨大兴趣，至今仍不失为一种理论模型。但它对实践影响甚微，因为很少有哪个欧洲国家采用这种制度。一些模仿的企图失败了，包括发生在法国的几起。[4]大多数欧洲国家宁愿选择英国式的议会制。然而，违宪审查对政治理论和政治实践却都产生了重大影响。实践方面的影响常常被错误领会，须得细细研究。审查立法是否合宪这种思想毫无疑问是美国式的，但其在欧洲的付诸实施却走上了另一条途径。

如上所述，美国对欧洲宪法理论的贡献有：成文宪法和人权法案系人民代表争来的思想，违宪审查的思想，宪法原则至上的思想——这只有存在独立于政治权威的机构的保障，并且政治权威的行为还得接受审查的时候才是真实的。

然而长久以来，违宪审查制度一直没能在欧洲建立起来，或者是因为基本原则方面的原因，比如与议会至上不合，或者是“技术上的原因”，即认为授权法院搞这种审查不可接受。在一次欧洲宪法法院国际研讨会的总结发言里，让·里弗罗说“那时候（二战以前）违宪审查之于公法就像西部片和美国喜剧片之于电影一样，是一种地道的美国货。”[5]

早期建立美式违宪审查的尝试障碍重重，计划被迫搁浅。“美国方式”证明不可行，另一方式就悄然出现，首先于一战后出现在奥地利，二战结束后，好几个西欧国家也有了。这种宪法司法的模式——或者叫做奥地利模式、凯尔森模式——就成为欧洲模式。

美国模式和欧洲模式的根本区别在于组织违宪审查的方式不同。在美国，整个法院系统都实施宪法审查；在欧洲，只有独特的、专门的法院才进行之。其它方面，尤其是违宪审查的功能和影响，有许多相似之处。

下面我将对违宪审查的这两种模式及其在欧洲的实施情况作一番描述，指出两者的差别有什么意义，并对宪政主义在欧洲的运作情况略加评论。

两种违宪审查的模式

欧洲违宪审查的模式与美国模式的主要区别在于审查的组织体系不同。有人将其归纳如下：

> 我们可以把审查立法合宪性的司法控制分为两大类：(A)“分散型”，把控制权赋予某一法律体系中的所有司法机关，这就是所谓“美国型”的控制制度……（B）“集中型”，审查权只限于单一的司法机关享有。类似地，“集中型”可以叫做“奥地利型”。[6]

按美国制度，违宪审查存在于整个司法体系，它与一般司法管理并无显著分别。一切争议，无论性质如何，都以同样的程序，在基本上差不多的环境下，由同一法院裁夺。任何案件中都可能出现宪法问题，其中并无特殊对待。说到底，美国根本就没有什么特殊的“宪法诉讼”，也没有什么行政诉讼；没有理由把在同一法院提起的案件或争端做一分类。或者，用托克维尔

的话说，“美国法院只在有争讼时才判决；它只处理特定的事项，除非诉诸于它，它就不能管辖。”[7]因此法院的审查，只能得到原则上只对本案有效的判决。但是最高法院的判决对下级法院有广泛的权威。

欧洲制度中，宪法审查的组织与此迥异。在欧洲，先对诉讼分门别类——行政的、民事的、商事的、社会的、刑事的——再由不同的法院（庭）判决是再普通不过的事。宪法诉讼也同其它诉讼分别开来，单独处理。宪法问题由专门为此而设的法院裁决，并且该法院对宪法诉讼享有垄断性的管辖权。这意味着，和美国法院不同，德国、奥地利、意大利、西班牙、法国的普通法院都无权判决宪法争端。它们至多可以把争议提交宪法法院，宪法法院的判决对普通法院有约束力。

另外，在欧洲，法律的合宪性一般只是以某种抽象的方式审查。这和美国也不一样，美国是在特定案件中审查违宪问题的。因此欧洲对立法的合宪性只是一般地加以考察，并不把每一特定案件的确切的环境因素都考虑在内。这是因为欧洲违宪问题一般是由公共权力机构（政府、议员、法院），而不是个人提起的。这样一来，判决的效力就是 ergaomnes（对所有人），即绝对地适用于所有人。若一个欧洲宪法法官宣布某一法令违宪，就等于废除了该法令，或使之从法律秩序中消失，该法令从此无效，不再对任何人产生法律效力。有时候违宪判决还有追溯力。凯尔森把宪法法院称为“消极立法者”，以期与国会——“积极立法者”——相区别。

美国模式和欧洲模式，殊途而同归；二者都得完成同样的任务：

首先，美式和欧式违宪审查制度都要保护基本人权免受政府 42 机关，尤其是立法机关的侵犯。手段虽不同，目的是相同的，结果也类似。

其次，两者都试图在国家和其组成实体之间保持平衡。在联邦制国家，违宪审查不管其体制是美式的还是欧式的，都要发挥这个功能。在保持联邦政府和成员州之间平衡方面，美国最高法院和德国宪法法院扮演了相似的角色。

第三，正如它们各自的宪法所筹划的那样，美国和欧洲的宪法法院在保护权力分立方面也有相同的任务，权力分立即不同国家机关之间的职权划分，如行政机关与立法机关之间的职权划分，议会两院之间的划分，等等。

最后，欧洲和美国的宪法法院都须对国家最高职务的选举争议进行裁决，或对向最高政治当局提出的控告进行裁决。

不论美式还是欧式，宪法审查都被赋予了重要而棘手的使命：用法律措辞处理政治问题。在美国和欧洲，这都有惹恼行政机关和立法机关的危险。在两样制度中，法院都遭到这样的批评，要么是太懦弱，要么是太“能动”，太大胆。

两次世界大战期间美国模式在欧洲的影响

欧洲之所以会出现另一种类型的违宪审查，是因为在很多欧洲国家，美国模式无法扎根立足。本世纪初，好些个欧洲国家想引进美国模式，功夫下了不少，“嫁接”却未成功。为了取得同样的结果，欧洲人便创建了另外一种模式，这种模式没有遇到美国模式那样的障碍。

本世纪初叶，尤其在两次世界大战期间，美国模式在欧洲特别是法、德、意各国，非常地走红。在法国，从 1902 年开始，比较立法协会（Société de

législation Comparée）的拉尔诺德会长发起了一场旨在建立美式违宪审查制度的运动。许多知名作家和政治家都支持他的观点，不过这也导致一位美国制度的专门家，爱德华·朗贝尔，奋笔写了一部“法官治理”的名著，论及美国法官在社会立法斗争中所扮演的角色。[8]鉴于某些思想迥异的法学家和政治家“突然一致同意有必要将美国的司法审查引入我国宪法制度”，朗贝尔认为有必要让法国人民看看美国经验的结果。他指责美国最高法院总的来说阻碍了社会进步的历程，已沦为保守主义的工具和傀儡。

朗贝尔的著作未能稍减实践美国模式的势头。[9] 运动甚至波及到报界，《时代》在 1925 年的第 11—12 期上发表了一个调查。12 月，精神科学与政治科学学会（Académie des Sciences Morales etPolitiques）举行了一个辩论会。几位最有名的公法方面的专家：贝泰勒米、狄骥、欧里乌、梅斯特、罗朗教授一致同意——这本身就非同寻常——应该鼓动普通法院的法官，使他们“敢于”学习美国的榜样。然而结果乏善可陈。在很少的几个案子里，行政法院或者是最高法院通过解释将违宪的法律拉回宪法的界限之内，似乎是为了避免实施它，但行政法院或最高法院没有在一个案子里正式宣布过某法违宪。若是在普通法院——不管是行政的还是民事的——提起宪法争议，法官的态度无非是他的任务是执行法律，不能考虑法律是否违宪的问题。这也是他们时至今日的观点，现在的著作家原则上少有支持美式制度的。[10] 然而立法机关里仍有源源不断的提案建议采纳这种制度，或至少是引进多年以来一直深得政治家和某些作家喜爱的美国最高法院的神话观念。我们将看到，在法国，是制宪议会引进了违宪审查，然而那并不是美式的。

德国自 1925 年 11 月 4 日帝国法院的一个判决始，普通法院就肩负起根据魏玛宪法第 102 条审查法律合宪性的重任。但是普通法院不直接根据宪法审理具体案件。它们不能阻止“议会对宪法的不计其数的事先违反。”[11] 特别是，它们不能以此来保护基本权利，尽管在某些方面，尤其是平等原则方面，还是有若干改进。魏玛共和国的经验使得二战后的改革者们趋向于奥国模式，尽管美国的占领已使德国人觉察到它的影响——就像它在日本干的那样。

意大利在战后建立起宪法法院之前，曾采纳过一段时间的美国模式。违宪审查，特别是普通法院对立法的司法审查，曾在意大利讨论过很长时间，大规模的讨论和法国、德国的讨论发生在差不多同一时间（二十年代末）。意大利第一个，也是唯一一个美国模式的试验是最高法院 1947 年 7 月 28 日那个判决开始的，并最后随着 1956 年宪法法院的建立而终结。不能说这试验是成功的，就像卡佩莱蒂和科恩强调的那样：

> 第一阶段——从 1948 年到 1956 年——主要问题仍是那些不能适应新的法律和司法概念的人员的强烈抵制。普通的“职业”法官，特别是最高上诉法院和其它上诉法院的老年法官，在贯彻执行高度纲领化的进步主义的宪法时干得极为糟糕，因此强烈反对对反社会的或独裁主义的立法进行分类。[12]

总之，在制宪会议中，支持凯尔森模式的人占了上风，实施中的迟延只不过更加说明了要让美国模式适应意大利的情况是多么艰难。当然，意大利现行制度也不是和美国制度毫无共同之处，比如说在普通诉讼程序中发生的宪法异议就可以提起违宪审查。一个重大区别是，意大利的附带诉讼程序是独立于主诉讼程序发展起来的。[13]

嫁接何以失败

嫁接美式制度于欧洲法律和政治秩序的尝试，就是在看来已引进了那种制度的国家也没有成功。所有企图解释这一失败的人都强调，宪法“工程”并不是在任何地方都能运转，其技术还要适应当地的制度和社会环境。

还有一种解释是法律的所谓主权性和“神圣性”。自 1789 年法国大革命以来，让-雅克·卢梭的名言“法律是普遍意志的体现”就在法国和其它欧洲国家被奉为金科玉律，因此法律就不能从外部审查，只有立法机关才能审查和限制自己：

> 立法机关在制定法律时须得仔细检查该法是否与宪法一致，能否解决那方面的问题……这意味着宪法解释应由议会执行。这属于主权行使问题，故议会才是审查自己法律合宪与否的法官。因此法院不能解释宪法，至少它们不拥有事关立法机关的权力。[14]

这是著名公法理论家所言，法国的官方理论，也是多数欧洲国家在两次世界大战期间所持的立场。这与美国制度正好相反。[15]在欧洲，法律就是立法，而美国还有大量普通法，立法（至少过去一度）被视为普通法的例外。欧洲法院不能解释宪法，更不能将其解释运用于立法，而在美国，相反的态度马歇尔大法官在建国初期就造就形成了。

在美国，宪法是神圣不可侵犯的；在欧洲，“法律”——即立法——是神圣不可侵犯的。[16]

嫁接失败的第二条理由是欧洲普通法院的法官无力实施违宪审查，毛罗·卡佩莱蒂强调指出：

> 欧洲司法机关的大部分，在心理上，似乎并不能胜任司法审查中价值取向的、准政治的功能。要知道，欧洲法官差不多全是“职业”法官，他们年纪轻轻就进入司法机关，大半是资历熬到才被提升到上级法院去。他们的职业训练，主要是发展适用成文法律的技术性的、而非政策取向方面的技能。实施司法审查与通常运用法律的司法功能有很大不同。现代的宪法并不仅限于确定法律如何如何，还包括广泛的有待未来实行的纲领性规定。因此，把宪法付诸实施这个任务常常比解释一般法律需要更高明的斟酌权衡。这正是凯尔森、卡拉曼德雷伊等人视其为一种立法，而不是纯司法活动的一个原因。[17]

欧洲法官的“软弱”、“胆怯”差不多可归因于他们是“职业”法官的缘故。他们不像美国法官那样是选拔来担当任务的。还有，美国，至少是联邦法官，在任命后享有终身任期，基本上可以免受政治压力。德国、意大利、法国、西班牙、希腊的法官却不能豁免于整肃或其它强制措施——如果只是在紧急状态下——而这种事也不是很少见。

美国模式在欧洲失败的另外一个原因是缺乏统一的法院系统。欧洲国家的法院系统都是二元的甚至是多元的，不利于嫁接的成功。美国的模式可能只会在最高法院权威之下有一个统一的司法制度的地方才能运转良好，像在美国（就涉及宪法问题而言）和其它普通法国家。因为在这种制度下，宪法问题的最终解决者是最高法院，这就使得宪法争端可以在任何法院的任一案件提出，无须区别对待，也没有屈服于基本规定的合宪性方面意见纷坛的风险。我相信，违宪审查不能分而行之：或者可以分散于一个统一的法院系统

内——倘若整个体系都在某个单一最高法院的终局权威之下的话，或者必须使其着落于一专门宪法法院。

某些欧洲国家在两次世界大战之间拒绝美国模式的另一个原因，是那些国家当时的宪法，实际上没有最高效力，对议会也没有约束力。法兰西第三共和国，这一点尤为明显：

> 在美国，法院宣布某法违宪，就等于建立起了一道不可逾越的障碍，因为立法机关自身无权修改宪法……。法国的情况正好相反。议会倘若遭遇法院的违宪判决，可以轻而易举地制服后者的抵抗：被司法行为整瘫痪的法律既然是议会的多数采纳的，这次他们重新以简单多数通过原法案，便可使其意志占上风……。在这种情况下，若以法律违宪为由而拒绝适用，法院很可能会举棋不定。[18]

与此类似，在德国，根据魏玛宪法第 76 条规定的特别多数通立的法律，可以“大大地脱离”宪法而不利于基本人权。[19]

当代欧洲的违宪审查模式

二战后，西欧各国重建政治制度，尤为重视保证尊重基本人权。不可避免地，美国影响也大大增强，这既有国际政治方面的原因，同时也因为其宪法制度的成功世所公认。美法两国发展起来并协助传播的那些思想影响，在各国新宪法及国际文件里也有所反映，如《国际人权宣言》和《欧洲人权公约》。欧洲新宪法也反映出美国制度确有魅力，尤其是司法审查。西欧北欧的各个国家（除英国、荷兰、芬兰和卢森堡外），最终都向某种形式的违宪审查制度迈进。斯堪的纳维亚各国、希腊、瑞士接纳了美国模式，奥地利、联邦德国、意大利、法国则选择了欧洲模式。

美国模式

斯堪的那维亚国家的违宪审查权由拥有一般管辖权的法院掌，这和美国一样。[20]（瑞典是斯堪的那维亚四国中唯一没有统一司法制度的国家，违宪审查由一般法院和行政法院共同行使）。宪法问题可以在任何诉讼程序中提起，但提起者须有某种身份。法官有义务决定受到挑战的法律是否合宪。宪法官司一般都要打到最高法院去，最高法院有终审权。违宪与否的判决只影响案件当事人，因为所涉及的法律的不可适用只是针对该案件说的；但是，实际上和美国一样，所有法院和政治机关在最高法院终审后，也都会尊重这种判决的。

挪威

挪威的司法审查制度是斯堪的那维亚各国中最悠久和最有效果的，它是在 1814 年宪法基础上发展起来的，而且从 1890 年代以来，一直得到其最高法院判决的肯定。

挪威最高法院判定法律违宪的，大约有 20 到 30 个案件，大多数发生于 1885—1930 年间。从那以后，特别是自二战以来，最高法院倾向于克制，大概是因为“国家政治和社会局势的相对稳定已长达三十余年之久，也因为当

前在统治阶层中占主导地位的‘社会主义’意识形态，在最高法院内的影响持续增长。”[21]

挪威司法审查的主要困难是缺乏一整套清晰的、可以用来评判法律合宪性的原则。1814 年宪法中倒有一个基本自由和权利的目录，但是这个权利法案和 1789 年法国人权宣言还不一样,它的起草制定还是着眼于解决当时的实际问题的，根本就没打算表述成一般原则，也不指望传之久远。不过，近期曾有尝试使其文本现代化。1980 年修改了宪法第 110 条，要求当局创造条件“以使有能力工作的每个人都有可能干活谋生。”最近几年，最高法院也曾引用不成文的原则作为违宪审查的根据。比如在 1983 年，该法院就以“不成文的但约束立法机关”的原则为由对一堕胎法令的合宪性发出挑战。许多“不成文原则”都是从国际人权文件，特别是《欧洲人权公约》中得来的。

丹麦

丹麦是本世纪二十年代接受违宪审查的。第一个案件与土地改革有关，而土地改革又特别涉及大土地的前地主与其农夫的争议。1921 年，在关于某法合宪问题的判决中——该法要求对因公共目的而征收的财产进行完全补偿——最高法院以一句现在已很著名的话宣布，“除非法院确有把握宣布某个根据宪法通过的法律规定为非法，”[22]非法不能成立。

丹麦最高法院非常谨慎,你几乎找不到一个判决宣布某法违宪。[23]1971 年，最高法院在一个关于归还中世纪冰岛文献的判决——根据两国签订的协定，由哥本哈根基金会向冰岛大学归还——中认为，归还文献本身不需要补偿，但又说保管没有钱不行，所以补偿还是要的。这也不是什么违宪不违宪的判决，因为法律没有规定补偿，也没有禁止补偿。该院也许会允诺将来实施更为有效的司法审查。

瑞典

与挪威、丹麦的宪法不同，瑞典现行宪法明文规定了违宪审查。

瑞典和挪威都有一部十九世纪的宪法（1809 年），但和挪威同行不一样，瑞典法官直到最近才开始操练违宪审查——根据 1963 年最高法院的一个判例。1975 年，新宪法取代了 1809 年宪法，在“准备阶段，宪法起草者接受了[支持司法审查]的判例法，但议会最终通过的文本却一个字也没有提到。”1978 年，宪法修订，明确规定了违宪审查（第 14 条，第 11 章）。托尔斯腾·比耶肯教授对这一修正的评论是：“立法者之意不在改变法律，他们只不过把宪法惯例变为成文法罢了。”[24]

修正案的最后一句最为重要：“如果法条是国会（Riksdag）或政府确定的，该条只有在其错误极为明显的情况下才能被废除。”（着重号是作者加的）。这好像是说，行政法官和普通司法法官对法律条文的合宪性都有裁决权，只要谨慎从事即可。

这就是瑞典司法机构过去到现在的一贯态度。但是无论是宪法修正之前还是以后，没有一个案件，最高法院（Hogstadomstaden）或者最高行政法院（Regeringsratten）认定其中有与宪法的冲突。从 1979 年修正案生效开始，就有法律违宪问题在这两个法院提出，但是迄今为止还没有哪部法律以违宪

为由被宣布无效。

斯堪的那维亚国家引进了美国模式，但是它们没有把违宪审查弄得和美国一模一样。实际上，近年来其它三个国家大约没有一部法律被宣布违宪无效，而瑞典和丹麦就从未有过。

它们为什么如此谨小慎微呢？我相信，主要原因有两个，和解释其它欧洲国家拒斥美国模式的原因一样。斯堪的那维亚国家的法官和其它欧洲国家的法官一样，都不是选举产生的。他们是职业法官，谁也不愿和议会——国家的最高政治当局闹别扭，搞冲突。这种对议会的畏惧不难理解，因为斯堪的那维亚国家的议会都只有一个院，并且议会多数党和行政机关有非常紧密的关系（瑞典尤其如此，同一议会掌权已有四十多年）。再者，这些国家的法学教育强调立法和成文法渊源，非常排斥那种为美国所接受的法官造法能力。41

综上所述，可以看出，就是在接受了美国模式的欧洲国家，移植也是不完全的。

希腊

希腊 1975 年 6 月 11 日宪法重新建立了美式的违宪审查制度。其实在 1967 年以前，这种制度就曾在希腊存在过。

从十九世纪开始，希腊就曾有一种司法审查制度，由拥有一般管辖权的法院执掌。[25]宪法争议可以在一般诉讼过程中提出。早在 1847 年，最高法院的判决中就曾出现过对立法的程序正规性进行司法审查的思想。1871 年，该法院事实上宣布了法院有权废除逾越宪法界限的法律：“具备宪法要求的所有形式的法律，司法机关不能认为其无效，除非该法明显地与宪法的更高的规定相矛盾。”[26]

1927 年宪法明确承认法院有权撤销不合宪的法律。1952 年宪法虽未明文规定违宪审查，但人们认为这种审查已作为一种宪法习惯法建立起来：“公法学者都支持这样的理论，即法院审查制定法的合宪性与不适用违宪法律规定的权力，来自于补充宪法不足的习惯。”[27]

1967 年 4 月，军人们上台执政，废除了宪法，违宪审查实际上也终止了。后来文官政府恢复时，违宪审查也随之重建。

希腊宪法规定：“法院不得适用内容违反宪法的制定法”（第 93 条之[4]）。

希腊有一套行政裁判系统，以行政法院（Council of State）[学的是法国行政法院（Conseil d’Etat）]为首，一套司法裁判系统，以最高法院为首。还有一个审计委员会和其它一些有专门管辖权的裁判机构。事实上，所有这些裁判机构都被要求实施司法审查，并拒绝施行任何与宪法不合的法律。

宪法诉讼可以同时向属于不同序列的裁判机构提起。诉讼当事人一提出宪法争议，裁判机构就得对此进行审判，裁判机构也可以自己作主提起宪法诉讼。

倘若在司法法庭和行政法庭就同一问题同时起诉，那么其各自的最高法院——参议院和最高法院可能会得出不一致的结论。因此之故，宪法又规定成立一特别最高法院解决这种冲突。[28]

其判决有可能导致冲突的法院要暂停诉讼，将案件提交特别最高法院。如果它不这样做，擅自判决，司法部长，该法院的合适官员，或任何具备某种法律地位的人，包括败诉方，都可以将此案件上诉至特别最高法院。[29]特别最高法院的判决是终审判决，从判决之日起有约束力，该法院也可以以特别事由赋予判决以溯及既往的效力。[30]

因此，希腊的违宪审查制度，与美国模式的类似之处在于司法审查由整个司法体系的法院实行。认定某个法律违宪的判决只适用于本案，但是下级法院一般会服从同一序列的上级法院。希腊制度和美国模式的主要区别是它的特别最高法院，而这个法院，在某些方面，又可以和欧洲的宪法法院相比。其结果便是美国模式和欧洲模式一种独特的混合。

瑞士

瑞士通常归入建立了美国式审查制度的国家之列。但是瑞士的违宪审查只限于非联邦法，即州当局的法律。[31]这一点和美国区别很大。至于联邦法律，宪法第 113 条之（3）规定“ 联邦法院应适用联邦议会通过的法律。 ”禁止对联邦法律实行司法审查，无非是为了防止司法超越立法。[32]其它免除违宪审查的还有“ [联邦]议会制定的公益方面的细则， ”以及联邦议会批准的条约。唯一可以审查的联邦法是“ 条例 ”（ordinance），即低于宪法的不属于法律也不属于细则的法令，不管它是议会、政府还是公民投票通过的。（实际中审查最多的是联邦院的条例）。也有对“ 联邦决议 ”的审查，“ 联邦决议 ”是指“ 特定情形下涉及一定人数的，根据或可能根据联邦法律做出的决议。 ”联邦法院也可以管辖“ 联邦机构和州机构的管辖权冲突，州之间涉及公法问题的冲突；公民关于宪法权利被侵犯的起诉及个人关于协议和条约的起诉 ”（第 113 条）。

对州法的违宪审查可以根据不同情况由公民或官员发起。公民若感觉自己的宪法权利被侵犯，可以以“ 公法申诉状 ”向联邦法院申诉，官员也可以提起公法诉讼，亦即，指称联邦法和州法冲突或不同的州法冲突。

联邦法律的违宪审查豁免得归因于通过 1874 年宪法的历史背景。那时激进党是领导党派，控制了联邦政府的所有部门，自然觉得审查州法比审查联邦法律重要得多。同时值得强调的还有联邦立法过程的民主特征：“ 1874 年宪法的制定者，他们在成为自由派以前是民主派。决不情愿让一群法官糟踏了议会多数的工作，甚或多数民众的工作。 ”宪法第 113 条第（3）款代表着民主对自由主义的胜利。[33]

二十世纪，曾经多次打算建立联邦立法的违宪审查制度，但统统归于失败。1977 年，专家委员会报告建议联邦法院采取美国式的违宪审查制。除了传统的理由，诸如保护个人权利外，报告还指出有必要抵消拟议中的宪法改革将带来的、议会权力的巨大增长。这一点特别有趣，因为这和采取了欧洲模式的国家建立违宪审查的初衷一样。但是，瑞士在可预见的将来通过这一宪法修正案的可能性不是很大。

欧洲模式[34]

“ 企图对所有可能的宪法提出一种统一的解决方式……是不可能的：违

宪审查必须根据每一种宪法各自的特点来组织。”[35] 建立违宪审查制度的国家都听从了凯尔森这一智慧的告诫。所以尽管有许多国家遵循欧洲模式，但个个都有所裁剪，以使制度符合自身的环境和需要。

采用欧洲模式的国家有：奥地利（从 1970 年开始），联邦德国（1951），意大利（1956），法国（1958），塞浦路斯（1960），土耳其（1961），南斯拉夫（1963），葡萄牙（1976 和 1983），西班牙（1980），比利时（1984），波兰（1985）。下面只讨论一些主要的国家。

奥地利

奥地利宪法法院是欧洲牌子最老的宪法法院，1920 年根据汉斯·凯尔森的计划建立，凯氏曾是法院一员并任总报告人直至 1929 年。[36]1938 年 3 月 13 日，德国入侵奥地利时法院被禁止活动；但在 1945 年 10 月 12 日宪法中又得以重建。

该法院有以下几种事项的管辖权：选举、法院之间的冲突、联邦和各州（Lander）之间的诉讼。它也是行政法院，要审查那些被指控侵犯了宪法所保证的权利的行政法规。它还是一种高级司法法院，有权审判议会两院所控诉的国家领导人和各部部长。

该法院可以应下列任何一人的要求实行司法审查：州（Land）政府；高级法院；国民议会（Bundestag）成员的三分之一（或一州立法机关成员的三分之一）；某些情况下的个人。宪法法院也可以主动提起宪法问题。该院在过去六十年中积累的判例法非常广泛，特别是与基本人权有关的，尤为浩繁。[37]该院的判决对政治法律制度的影响力很强，尽管判决对普通法院并无拘束力，这和德国、西班牙高级法院的判决还不一样。

宪法法院 1982 年登记或判决的案件，约有 90%事关行政法规的合宪性。这很可能是因为对一个行政法规的合宪性提出挑战要比直接申诉、打官司容易得多。

联邦德国

联邦德国宪法法院是其 1949 年宪法规定的，1951 年建立。可以肯定这是全欧洲宪法法院中最强大的，因为它的管辖权最宽。除了对立法进行违宪审查外，它还有权审查涉及议员选举的案件，审理以共和国总统为被告的案件，处理宪法机关之间，联邦和州之间，或两个州之间的争端。违宪审查可以由各州政府、联邦议会三分之一成员针对联邦法律提起（字面审查）；或由下级法院提交（审查已适用的法律）；个人声称司法判决、行政法规或（在一定情况下）成文法律破坏了其基本人权的案件也可以提起违宪审查。

1951 年以来，宪法法院已经处理了大约 50000 个案件，90%是由三名法官组成的合议庭判决的。最近几年每年大约要审理 3000 个案子，97%是个人申诉，绝大部分是针对行政法规和司法判决的，很少有向成文法律的合宪性挑战的。

德国宪法法院及其判例法将在本集中由赫尔穆特·斯坦因伯格先生详细讨论。

意大利

意大利宪法法院依据 1947 年宪法而建立，1956 年开始运转。法院有十五名法官，分别由议会、共和国总统、最高法院（行政法院、上诉法庭、审计法庭）各提名五人组成。

宪法法院的管辖权包括：不同国家机关和地区之间的权属冲突；对共和国总统、总理、各部部长的指控；废除性公民投票的接受；法律的违宪审查。这最后一个是最重要的。法律违宪问题都是由适用这些法律的普通的民事、行政、商事法院移交来的。

提交到宪法法院的案件数量还是比较可观的。1983 年共有 1100 件，有关法律的合宪性问题，该院下达了 400 个判决。1984 年，登记在案的 1489 个案件中有 1384 个（93%）是普通法院移交来的；其它管辖领域看来没这么重要。[38]因为普通法院倾向于把疑难案件提交给宪法法院，宪法法院很快就被这些东西压垮了。

显然，宪法法院在意大利的政治和法律生活中起了很大作用。[39]

法国

法国宪法委员会建于 1958 年，1959 年开始运转。共有九名法官组成——三个由共和国总统任命，三个参议院议长任命，另外三个由国民议会议长任命。前任共和国总统是宪法委员会的当然成员，但从 1962 年以来没有一位前任总统在里面呆过。

宪法委员会的管辖权包括：选举问题（国民议会、参议会、总统的选举，公民投票）；法律和法规（Lois 和 reglements）调整范围划分上的冲突；议会两院规则的合宪性问题；国际条约的合宪性问题；法律的合宪性问题——由国家的四个最高当局之一提请审查（共和国总统、国民议会和参议院议长、总理），或由 60 名国民议会成员、60 名参议院成员提起。

宪法委员会在对议会越权通过的法律进行违宪审查方面已有所发展，但是其它非宪法问题，尤其是选举问题，仍然至关重要。而另一方面，宪法委员会也无须保证行政机关和法院尊重宪法，因为行政行为有行政法院审查，法院有最高法院管束。但是，行政法院和最高法院须得尊重宪法委员会的判决，而且它们的确也是这么做的。

在过去的十年中，议会成员经常运用手中的权力在宪法委员会提起宪法官司，宪法委员会的判例法已成为法国法律和政治制度中的重要因素。

西班牙

西班牙宪法法院是根据 1978 年宪法建立的，1980 年开始工作。共由十二个法官组成，均由国王任命，其中四人由众议院提名，四人由参议院提名，二人由政府提名，还有二人由司法总委员会提名。

宪法委员会的管辖权包括：国家机关间的冲突；防止行政法规和法院判决侵犯基本人权的保护申诉（Petition of amporo）；宪法意义上的条约合法性问题；法律的合宪性问题。这最后一类诉讼可以由以下人等提起：政府首脑 ;50 名众议员或 50 名参议员 ;自治区当局 ;或者人民卫士（defensor del

pueblo）。法院在诉讼中碰到宪法问题也可以提起。宪法法院的作用看来已变得很重要，特别是涉及国家与自治区的平衡问题时更是如此。[40]

保护令状的起源得追溯到阿拉贡王国。十九世纪以来流行于拉丁美洲，1931 年西班牙宪法引进。按现行西班牙宪法，普通法院不能提供保护时，个人可以援此令状要求宪法法院保护其基本人权不受行政法令或法院判决的侵犯。（实际上，保护令状是特地用来对付司法行为的。）保护令状不能直接用于请求审查制定法的合宪性（这与联邦德国的违宪审查不同），但宪法法院审查保护令状的庭可以提请正式审理的法庭考虑某个法律的合宪性问题。登记的案件中有 90%都是基于保护状审查的。这种诉讼之所以大行其道是因为申请者怀疑普通法院无力正确阐述宪法原则。

欧洲宪法法院演进的主要趋势

如今，德国、意大利、西班牙的宪法法院都差不多和美国最高法院一样了。实际上，德国的违宪审查主要针对下级法院的判决，已经显得像第三或第四级的上诉审理了。意大利宪法法院的案源因为很多都是法官移交的，现在越来越多地审理起民事、刑事和行政案件来。西班牙的保护令状也主要是用于对付司法判决的。因此这些法院现在主要处理普通案件，从中提取、考察违宪问题。德、意的宪法法官主要致力于“微观宪法审查”：“他们从审查是否合宪的问题上溜开，而去审查法律的贯彻执行。”[41]人们可能会问，这是他们的恰当的职能吗？抑或是对初衷的一种背离？比较起来，法国和奥地利的宪法法官履行的职能看来更接近于当初的奥地利模式，或曰凯尔森模式的规定。

德国、意大利、奥地利、西班牙高级法院筛选申诉的程序也与刚才讲的潮流有关。因为案件数量激增，大部分案件都由法官委员会或法官小组处理。因此，这些案件就不是按违宪审查所要求的由法院本身，而是其分支，以简易程序判决了。这无疑大大减少了通常所认为的个人向宪法法院公开申诉及直接或间接地求助的种种优越性。如在申请一拖几年还没有审理的情况下，这一点就特别管用了。

所以全部问题，是在保证重要争议在合理期间内合乎保障要求地审理的同时，控制案件流量。有几个国家已在考虑改革事宜，有些已着手实施（比如奥地利在 1984 年已有动作）。

两大模式区别之意义所在

欧美两种违宪审查模式之间的区别，在审查的组织方式上表现得最为清楚，这可以从不同国家的体制及政治文化的差别中得到解释。这些差别到底只是技术上的呢，还是具有深刻的理论含义？实践中有无差别？两大制度有趋同之处吗？这些问题至今尚未得到全面的研究，下面只是一些初步的观察结论。

违宪审查的事实和形式提出了一个根本问题——这个问题最先是由美国人提出并解决的——那就是，如何限制行政机关和立法机关的权力，以及如何减少法官和立法者之间的冲突。美国以自己的方式，即分散的违宪审查制度解决了这些问题。欧洲无力引进美国制度，于是产生一种集中的违宪审查。

从理论上看，两大制度的差别反映了两种不同的分权观念。[42] 美国模式中，对行政及立法权力的限制，是从对第三种势力、被称为“危险最少的一支”，即司法机关的逐渐认可中达到的。但这第三势力在大多数欧洲国家中并不存在。欧陆宪法理论只承认行政和立法之权，对“司法权”从无多少认可，法官也不享有美国同行那样的权威及合法性。

因此有必要听从凯尔森的意见建立一种违宪审查制度，委托一个单独法院，这法院并不构成一种与其它权力平起平坐的第三种权力，而是在其它权力之上，负责监察行政、立法、司法三种主要的国家职能，确保它们在宪法规定的界限内活动。有人在谈到意大利宪法法院的时候，对此有一明白的解释：[43]

> [宪法法院]并不是司法序列的一部分，也不是广义上的司法组织的一部分……宪法法院在传统的国家权力分类之外，它是一种独立的力量，其功能在于保证宪法处处得到尊重。

欧洲建立宪法法院的原动力，有不少还靠了政治权力的急剧集中。现在在很多情形下再说“分权”之类已经不那么准确了。大多数议会统治的西欧国家，行政机关和立法机关的权力平衡已让位于政府与其在下院的多数席位所组成的集团的集权，这一集团有时候（比如法国和葡萄牙）还包括共和国总统。如今人们已不再寻求政府和议会之间的平衡了，而是力图在多数派（政府和议会）及（议会）反对派之间保持平衡。违宪审查正好可以用来保证多数党和反对党之间的平衡。[44]

这种要求——将违宪审查作为多数派权力的平衡器——在下文中得到阐述：

> 在议会制政府中，执政的党派或党派联合，取代了立法和行政的权力，变得无所不能。一般人对司法审查的信仰，一方面将法院作为民主得以建立的基本共识的守护神，另一方面，又让它承担仲裁的角色，裁决支配着社会、经济、文化生活的法规改革与这种共识到底符合到什么程度——在不违反它的情况下。[45]

不管理论上的差别是什么，在实践中，欧美两种违宪审查模式的差别并没有它们的相似点那么重要。在法官的选任和任职资格上，美国最高法院和欧洲宪法法院有很多相似之处。两者的法官选任都是政治性的——由政治权威作出，并考虑法官的政治倾向。这种做法是正当的，因为违宪审查的民主合法性靠的就是民选权威对法官的任命。[46]

美国最高法院法官由总统挑选并取得参议院的同意，[47]这一点欧洲列国的作法和美国并无重大不同。当然任命者每次选的都是那些属于或靠近同一政治意识形态的人员，而该员也不必就是法律专门家或知名法学家。不过人们可能会注意到，欧洲的大部分法官都是大学教授。[48]

欧美两种模式在司法方法论上也有相似之处。欧洲宪法法院经常采用美国最高法院半个世纪以前用过的那些技术。比如有一种技术，德、奥、意、法的法院用得越来越起劲，那就是允许法院把法律解释得不致于违反宪法。[49]另一门技术补充了所谓“情理原则”，而这一原则是美国本世纪初在解释反托拉斯法的时候发展起来的。德国和意大利的绝大部分法院于本世纪六十年代开始运用这一技术；[50]但是法国宪法委员会迄今尚未尝试过。

美国最高法院和欧洲宪法法院在如何处理它们的事务方面也越来越相似了。美国最高法院并不审理所有提交上来的案子。和欧洲宪法法院一样，它

也只挑那些重要的争议宣判。还有，限制程序也平衡了美国司法审查的分散化。两种制度的这些趋同之处，下面这两位比较法学家说得很清楚：

通过运用移送令，美国最高法院在寻求审查的案件数目逐年增长的情况下，只限制自己处理那些意义最为重大的——最有宪法根据的——问题。这也正是欧洲宪法法院所能做的，它们对“普通”案件本来就没管辖权。[51]

他们的结论是：

美国最高法院，只在有些方面是通常那种上诉法院；在其它情况下，它与欧洲宪法法院一样，是“违宪审查的一个特殊机构。”[52]

这两种类型的法院在另一个方面也开始互相靠拢了。欧洲的有些宪法法院，和最初的功能正好相反，正转向普通法院，变得跟美国的最高法院越来越像。意大利就是如此，原因是普通法院提交到宪法法院的案件数量激增；联邦德国是因为个人申诉多如牛毛；奥地利是由于宪法“修正案”增多了；西班牙则要归因于保护申诉制度的成功。这就使我们不得不问一句，这种‘对法律之司法审查及其效能的过度发展，导致宪法法院法官直接间接地介入很多案件……会不会使这种审查变得平庸不堪，并使宪法法院变成最高法院，以至于实际上任何案子甚至那些最为稀松平常的也能移送上来？”[53]

两大违宪审查模式的另一个趋同处是对基本权利的保护。要是知道美国法理学再多一些的话，美国的影响将更大。比方说，美国最高法院关于平等原则、个人自由、表达意见自由的技术可能会引起更多的兴趣。当然，欧洲的每家宪法法院都积累了一套适合于自身体制和社会环境的法理，但是倘若自家的法理还不过硬的话，知道一点外国的，特别是美国的判例，还是蛮有用的。

最后，但并非最次要的，关于法律与政治之间的关系以及违宪审判可能对政治制度造成的影响，确确实实还有很大的趋同余地。

反对司法审查的呼声也有，大家也知道，不过这不在本文的讨论范围之内。人们当然可以回想起种种危险（和神话），诸如“司法统治”的危险，宪法法官“能动主义”或“司法自制”的危险；以及法官和立法者之间的冲突，欧洲关于宪法司法的改革建议（尽管日益式微），等等。尽管如此，人们也应该记得，在世纪初年和三十年代，美国经验经常被引用来给宪法法官泼冷水，告诫他们别在“能动主义”的路上走得太远。然而有些国家的宪法法院，比如德国和意大利的，已经在这条道上走得至少和美国最高法院一样远了。

结论：欧洲宪政“运作良好吗”？

对宪政即宪法至上说，美国人厥功甚伟。那么这种宪政由于违宪审查的出现在欧洲站稳脚跟了吗？

可以说，凡是建立了宪法法院的国家，宪政都取得了长足的进展。宪法法院一个个判决，催生了人们对宪法和基本人权的尊重，这种尊重以前根本就没存在过。就是现在，缺乏一种有效的违宪审查制度的国家（比如斯堪的那维亚各国），这种尊重仍付阙如，尽管它们也口口声声宣布宪法至上。晚近西班牙、葡萄牙、希腊各国的宪法就显示出，现代民主国家的宪法，必须得有宪法至上和违宪审查的内容。宪法的实实在在的至上性能经常得到肯

定，这和二战以前的情形相比，是一个根本性的变化，这一转变无人能够逆转。宪法在欧洲和在美国一样，终于都变成了“圣经宝典”。

你能比较一下欧美司法审查制度的不同结果吗？这很难，因为其前因后果是如此迥异。一来，美国各州的法律法规占整个国家法律整体的一大部分，比欧洲国家甚至欧洲的联邦制国家的都要多。第二，在欧洲是立法机关制定法律，而在美国，法官享有真正的造法权力。因此比较数据几乎毫无意义。在意大利，关于全国性法律的宪法争议判了四百件，每年宣布无效大约三十件，而在美国，最高法院每年处理的争议中只有四到五件牵扯到联邦法律的合宪性问题，在两百年的时间里只宣布大约一百件无效，这能说明什么问题呢？

不过制度比较总不会没有结论。其一，欧式制度看来有这样一个好处，那就是把重要的宪法问题剥离出来，交给专门法院审理，这专门法院没有其它任务，可以一心一意花大量时间干这种棘手的活。全国性法律的合宪性问题，可以立马诉诸宪法法院，而不必在各级司法管辖的层层阶梯上蹒跚挪步。若像加拿大法律所设想的那样，在美国产生一个联邦上诉法院，以减轻最高法院的工作负担，缩小其管辖范围，让它把司法审查的工作做得更好，这想法不是挺绝吗？

另一方面，你可能会问——出于一种加强宪政的想法——欧式制度在各个法律部门中传播宪法规则方面是否也和美国一样成功？按欧式制度，普通法院法官被排除在违宪审查程序之外，尽管有时他可以启动该程序（如意大利、西班牙、德国）。就是法官以后不得不适用宪法法院的判决，服从它的解释。他的地位也和美国的下级法院在与最高法院的关系中所处的地位不一样。欧式制度，宪法法院在其判决不被理会时甚至不能采取什么制裁措施，只有每个序列中的最高级别的法院（行政法院或最高法院）可以这样做。执行宪法法院判决的问题有时候可以以宪法申诉或保护申诉的方式提交到该法院（如德国、西班牙），但那也不会像美国制度那样有效果和有效率。

关于这个话题，要说的还很多，很多研究和探索还等着人们去做。

注释

[1]Archives pardlementaires Assemblée Nationale，séance du 27 juillet 1789，p.281，2d ed.

[2] G.Burdeau，Traitéde science politique（Paris：L.G. D.J.，1984），4：85.*原书缺注[3]至注[6]——译者注。

[7] Alexis de Tocqueville,De la dèmocratie en Amerique，1835，collection 10/18(Paris：1963)，p.78.

[8]E. Lambert,Le gouvernement desjuges et la lutte contre la législationsociale aux Etats-expérience américaine de controle judiciaire de la constitutionnalité des lois(Paris：Giard, 1921).

[9] 见 M. Hauriou,Précis de droit constitutionnel(Paris：1929),p.272。朗贝
尔的书后来对这一运动还有负面影响。

[10]除了 Maurice Duverger，至少到现在为止。

[11]J.C.Beguin,Le contrôle de la constitutionalité des lois en

R. F.A.(Paris：Economica, 1982)p.18.

[12]Cappelletti and Cohn,Compartive Constitutional Law,p.14.

[13] A.Pizzorusso, “Prôcédures et Techniques de Protection des DroitsFondamentaux ： Cour Consti- tutionnelles Italienne ” in Coursconstitutionnel-les européennes,p.169.

[14] Raymond Carré de Malberg,La loi expression de la volonté générale(Paris：Sirey,1931), p.132 (rpt. Paris：Economica, 1984) .

[15]美国《人权法案》一开头就禁止立法机关如何如何：“国会不得制定…… 的法律，”这是对立法至上的公然排斥。

[16] Marbury v.Madison,1Cranch l37, 2L.Ed.60 (1803) .

[17] Mauro Cappelletti,Judicial Review in the Contem-porary World(Indianapolis：Bobbs-Merrill1971) ,p.45.又见 Cappelletti and Cohen, Comparative Constitutional Law, p.89.

[18]Carré de Malberg,La loi,p.125.

[19]这部宪法的一个权威评论者，G.安许茨，说他对“这部宪法缺乏坚定性感到满意。”Beguin, Le contrôle de la constitutionalité des lois,p.18。

[20]冰岛也有司法审查，但手头没有现成的关于其运作状况的资料。芬兰有一种非司法性预防式的违宪审查制度，不属于我所讨论的任何一种模式。关于芬兰这种制度的评论，见 Mickael Hiden，Report，UppsalaColloquium,1984 年 6 月 26—28 日。有关斯堪的那维亚国家的资料大部分取材于 Eivind Smith 教授在乌普撒拉研讨会上的报告，发表于 Louis Favoreu and J.A.Jolowlcz,eds.,Le contrôle juridictionnel des lois(Paris：Economica et Presses Universitaires d' Aix-Marseille, 1986), p. 231。

[21]E.Smith，上引文。

[22]U.f.R.1921.644.Supreme Conrt(de neergaard-Petersen)，转引自 E. Smith；上引文，P.231。

[23] Rubio Llorente 分析了一项在若干国家举行的调查的结果后，说丹麦议会从未提出过任何宪法问题。见 Rubio Llorente, “ControloftheConstitutionality of Laws,” Constitutional and ParliamentaryInformation No.130(Geneva：Assoc of Secretaries General of Paliaments, 1982), P.57。

[24] Torsten Bjerken, “Judicial Review of Legislative Acts in Sweden: How the Supreme Administrative Court Interprets the Constitution,” (Belgrade:International Association of constitutional Law, First Congress, 1983).

[25] E.Spiliotopoulos, “Judicial Review of Legislative Acts in Greece,” Temple Law Quarterly (1983), Vol.56No.2.

[26] Arius Pago (希腊最高民事刑事法庭),No.18(1871)，转引自上文，p.472。

[27]同上文，P.474。

[28]特别最高法庭对“与普遍承认的国际法准则的性质相关的争端”也有管辖权（第 288 条，第 1 款）。这一条很重要，因为国际法优先于任何不

一致的法律规定。

[29]案子一诉至特别最高法庭，报纸上就会发布声明，任何法院都会中止与那件处于危险中的法律有涉的案件的诉讼程序。所有当事方都可以参加审判，而且诉讼程序是对抗制的，特别最高法庭原则上只处理关乎法律的实质内容的争议，但推想法院应该能处理关于程序的争议。

[30] Spiliotopoulos 认为这判决并不直接对立法机关具有约束力。“JudicialReview in Greece，”p.498。

[31] 我参考的是 Andreas Auer 的极为广泛的研究，Andreas Auer,Lajurisdiction constitutionnelle en Suisse (Basel and Frankfurt am Main：Helbing and liectenhann, 1983)。

[32]“为了确保司法权不致于凌驾于立法权之上，我建议规定法官必须与联邦议会制定的法律、批准的条约保持一致。” Jacques Dubs，引自上书，p.60。

[33]联邦制因素也可能妨碍违宪审查。见上，p.62。

[34]深入研究见 Louis Favoreu, “Actualité et légitimité du contrôle juridichonnel des lois en Europe occidentale,” R.D.P.(1984)no.10.pp. 1147 — 1202; Louis Favoreu, les cours constitutionnelles (Paris:P.U.F., 1986)。

[35] Hans Kelsen, “La garantie juridictionnelle de la Constitution,” Revue du droit public et de la science politique(1928), No.45,p.201.

[36]奥地利司法审查的早期历史，见 Charles Eisenmann, “La justice constitutionelle et la Haute Cour Constitutionnelle dAutriche,” Librairie générale de droit et de jurisprudence (Paris, 1928; rpt. Paris： Economica et Presses Universitaires d’Aix-Marseille,1987), 及汉斯·凯尔森的序言。

[37]见 Theo Ohlinger, “Objet et portée de la protection des droits fondamentaux,” in Cours constitutionnelles européennes,p.345.

[38] G.Zagrebelsky,La giustizia constituzionale(Bolograː1977).

[39]见 Louis favoreu and Loic Philip, Le Conseil Constitutionnel (Paris：P.U.F.,1985).

[40]见 P.Bon, F.Moderne, and Y.Rodriguez, La justice constitutionnelle en Espagne (Paris:Economica, 1984).

[41] Gustavo Zagrebelsky, “La Multiplication des Recours en Italie” and MichelFromont, “La Multiplication des Recours en R.F.A.,” 均见 Annuaire International de Justice Constitutionnelle (Paris: Economica et Presses Universitaires d’Aix-Marseille, 1987), PP. 1ll, 116。

[42]关于法国的这样一个解释，见 Burt Neuborne 的出色研究，BurtNeuborne,“Judicial Review and Sepsration of Powers in France and theUnited States,”N.Y.U.L. Rev.(1982)，pp.365—442。

[43] Vezio Crisafulli, “Le système de contrôle de constitutionnalité des lois enItalie,”R.D.p.(1968)，No.84，p.130.

[44]这可以部分地解释加拿大、澳大利亚这些国家的违宪审查制度，这

些国家的政体是议会制，而且政府和议会多数党要面对议会中的反对。见 Favoreu,Actualité et lig-itimité du contrôle juridictionnel, p.1179。

[45]Spiliotopoulos, “Judicial Review of Legislative Acts in Greece,” p.501.

[46] 见 Favoreu, “Actualité et legitimité du contrôle juridictionnel,” p.1190。

[47] 见 Cappelletti and Cohen,Comparative Constitutional Law,p.84：“美国最高法院的角色现在已公认是部分政治性的，其成员一贯由民选总统特地选任，参议院近来的确认听证会表明，对高等法院的高度政治功能已越来越认可了。”

[48] T.Cole 在 1959 年就已指出这一点，见 T.Cole, “Three Constitutional Courts; A Comparison,” American Political Science Review(1959), p.968。

[49]见 Lambert 1921 年的研究，Le gouvernement des juges p.130：“Unsubstitut du contrôle de constitu-tionnalité：La Construction duStatut”。

[50]意大利的情况，见 G.Zagrebelsky, “Objet et Portee de la Protection desDro its Fondamentaux: Cour Consitutionnelle Italienne” in Cours 62constitution-nelles européennes, p.329。

[51] Cappelletti and Cohen,Comparative Constitutional Law,p.84.

[52] Id.at 95.在美国产生一个联邦上诉法院，使它对现在由最高法院处理的普通案件定权，这一建议会使最高法院更像一个宪法法院。

[53] Faroreu,“Actualité et légitimité et légitimité ducontrôle juridictionnel,”p.1199.

三 美国、法国与其它欧洲国家的新闻和出版自由

罗杰·埃内拉

第一修正案在美国宪政制度中所处的核心位置以及更一般地，表达自由在当今社会中的重要性，在这样一篇短文中难以备述。在这些篇幅中，我主要对这两个国家——美国和法国的新闻、出版自由（集中于文字传媒）进行一番探视，有时也会提及此种自由在英国的情况以及《欧洲人权公约》在这方面的举措。

我认为我们正在目睹的并不是大西洋两岸基本观念和社会态度的趋同，而只是彼此之间有限的和解，比如在这样三个领域：商业言论、对公职官员的诽谤以及对新闻记者信息源的保护。另一方面，双方在一些原则性问题上还存在很大差异，特别是在政治表达的极端主义形式和事先约束等方面。

言论自由的第一个世纪：
美国与法国

关于十八世纪最后二十五年间美国和法国宪政观念的互惠影响问题，成为许多文献的研究主题。[1]在可以称作“第一个世纪”的时期中，这些观念在美国和法国是如何发展的？人们对此所知甚少，缺乏足够的评价。在美国，这一时期是从第一修正案的通过开始到十九世纪二十年代，到这时最高法院开始把第十四修正案的保护范围扩大到言论自由方面，并发展起一套第一修正案的哲学。在法国，与此类似的有重要意义的时期延续几乎整整一百年之久：从《人与公民权利宣言》（1789）到 1881 年新闻自由法的施行。

美国：第一修正案有节制的开端

在第一修正案纳入人权法案时的那种环境中，人们没有预料到它在美国法律体系及法律和社会哲学中会获得如今这样重要的地位。[2]似乎可以肯定，这一条文的主要意图是使言论和新闻出版自由不受国会的侵犯，而不是针对各州的。亚历山大·汉密尔顿认为这样一项限制国会的条文是多余的，他提出这样的疑问：“并没有赋予谁权力可以限制新闻自由，为什么还要说新闻自由不应受限制呢？”[3]因此缘故，当人们对宪法条文进行讨论时，查里斯·平克利旨在增补一条与言论自由有关之条款的建议未被采纳，其理由是这一建议意图不明。[4]

知道这些情况以后，我们就容易理解为什么第一修正案在十九世纪的美国只扮演着一个微不足道的角色了。影响新闻自由的措施或者来自各州、或者来自内战时期的总统。正如一位评论者所说的那样：

> 由于各种各样的原因，新闻界直到内战之后一直都找不到切实有效的途径来主张联邦第一修正案中许给的保护。比如说，各州都有自治权与主权之类的观念，这使南部各州有理由将反对奴隶制的演说家、报纸、小册子和书籍从其管辖权范围内逐出。[5]

在涉及言论自由的诉讼中，诸如有关诽谤、淫猥等问题的案件里，第一修正案很少被提及。即使提到言论自由，如涉及公开演说或惩罚新闻媒介蔑

视法庭之行为等问题的时候，这种自由都要同公共秩序的需要相权衡，并服从于联邦和地方官员及其机构的治安权。

十九世纪的法国作家们对此有各种各样的评论。阿莱克·德·托克维尔甚至没有提到过第一修正案。他认为新闻界“在法国肯定比在美国更有力量”。[6]他注意到了他所称的“新闻界权力的过分传播”，[7]并总结说：“在美国，每一家期刊分别只有一丁点权力，但整个期刊界的权力则仅次于最有权威的人民”。[8]

半个世纪之后，对美国法律和政治制度进行评论的法国自由主义作家们对第一修正案寄予特殊的关注了。在《美国史》这部很有见地的著作中，爱德华·拉布莱对第一修正案的适用范围进行了评论。他写道，如果一个州或议会采取措施来限制新闻界的自由（如征收印花税、要求审批、提出警告或进行审查等），最高法院就会以违反宪法为由而裁定这种法规无效。[9]埃米尔·布米则持不同的看法，他认为在上述案件中，最高法院应当否认自己的管辖权。在他看来，“前八条修正案的内容和实质体现了各州对外部权力渗入所抱持的警惕，这种权力是由总统和国会所代表的……它们这样做的目的是保护自己的自治权，而不是为了寻求抽象的权利”。[10]现在看来很明显，拉布莱在55年前就预见到了1925年最高法院在Gitlow v. New York一案中确立的判例法。[11]

法国：1780—1881

在《人与公民权利宣言》之后，过了几乎一百年之久，才出现了1881年的新闻自由法。[12]在这一个世纪之中，有三方面的特征与这里的讨论有关：

(1)这一时期，法国的大多数宪法都把1789年宣言并入其中，自然也包括关于新闻自由的条款。记住这些条款很重要，在此后的一个世纪当中，它们塑造着那些通过写作或行动来支持法国的新闻及言论自由的人们的意识和行为。1789年宣言的第11条宣称：“自由交流思想和意见是人类最珍贵的权利之一；每一个公民都可以自由地说话、写作以及发表自己的作品，但他也得依法对滥用这种自由负责。”这一条文反映在此后的宪法之中。新闻自由在1791年宪法、1793年宪法（未曾实际生效）、1795年宪法、1814年复辟宪章、短命的1815年拿破仑宪法、1830年宪章以及1848年宪法中都有规定。举个例子，1848年宪法第81条宣布：

> 公民有结社的权利、举行和平且不带武器的集会的权利、请愿的权利以及通过新闻媒体或其他途径表达其思想的权利。行使这些权利的唯一限制是他人的权利或自由与公共安全。报刊在任何情况下都不受审查。

许多条文在提到新闻自由之前都先强调表达自由。在近代的法国，这是一个有突出重要性的事实。1848年宪法第8条与美国66宪法第一修正案之间的相似性是显而易见的。[13]这种规定似乎成了言论自由之一般法的基础，新闻自由只是其中的一种类型。不过，事实却并非如此，同新闻、游行示威、公开集会或结社有关的法律是通过不同的文件来表达的。这是当今美国和法国法律中的主要差异之一。

(2)这些宪法性宣言未能提供有效的宪法性保护。当时还没有司法审查制

度。也许更重要的原因是，这些宪法条文本身规定了有关法律可以确定新闻自由的范围。糟糕的是，存在独裁主义的或思想偏狭的统治或倾向，使得对新闻自由的限制没有制约。甚至到了 1881 年，所提供的保证也仅仅是一纸非常自由、详尽的法律条文；法律继续为言论自由划定界限。

(3) 采取这种思想偏狭的措施已经成为富有启发性的争论的源泉，它仍然引起一些历史学家、政治家和法律工作者的兴趣。争论主要集中于两个问题。首先是政府用以约束或压制新闻自由的手段。这包括预先限制、书报审查、要求支付保证金（在报刊出版前交付的一种押金）、印花税、查封、警告、责令报纸暂停以及最为突出的是对编辑和记者提起刑事诉讼。

陪审团对新闻犯罪的审判在整个十九世纪都被视为十分重要。托克维尔和皮埃尔·鲁瓦耶-科拉尔（一个重要的自由主义作家）都看到了一种基本自由（如新闻自由）的法律地位与整个政治体制之间的直接联系。在 1835 年的一次演说中，鲁耶尔-科拉尔提到“这项伟大的成就，这项全国性的成就，就是以陪审团对报刊进行审判”，并指出：“陪审团的成员是那些有投票权的人们……像你们一样，他们是统治权之所在。如果今天你不信任他们，他们到时也不会信任你。”[14]他又补充道：

陪审团不属于那种每天都在运作的法庭，后者完全依赖于立法者的决定以及立法者的好恶取舍。陪审团实际上不是一个法律的裁断者（Cen ’est même pas-une juridiction）；它是一个政治机构。它像你们并与你们在同一种程度上代表着国家主权本身。[15]

隔了一代之后，另一个自由主义作家 A·普雷沃-帕拉多写道：“要了解在这个或这样一个国家新闻是否自由，我们从来也没有首先想到这一领域所适用的法律，而应当毫不迟疑地马上问到：谁来审理？”普雷沃-帕拉多还认为陪审团是“新闻界逻辑上的和自然的法官”。[16]

争论的第二个焦点涉及到新闻界在一个自由社会中所扮演的角色问题。按照夏多布里昂的看法，“没有新闻自由，就不可能有 67 代议制政府”。[17]邦雅曼·贡斯当在试图将现在所称的“言论”与“行为”区分开来时宣称：“书写与说话及其他最简单的动作一样都可以成为一项行动的一部分。它们必须被作为该行动的组成部分来另加考虑和审理，如果该行动是一项犯罪行为的话。但如果它们不是任何行动的组成部分，就理应像言论（la parole）一样获得完全的自由。”[18]贡斯当所用的论证方式与约翰·斯图亚特·密尔为新闻自由辩护时所用的方式相同。[19]对他来说，这种自由是“公民的唯一安全保障。”[20]

美国与法国的这段相对应的历史（或以前的发展情况）形成鲜明的对照。在法国，十九世纪中政治和法律问题论辩很激烈而且品位很高；而在美国则几乎不存在这样的讨论。而且，在法国，关于言论自由或新闻自由的不断重复的宪法声明与缺乏有效的宪法性保护之间存在着鲜明的对比。不过，两国还是具有一个后来被证明十分重要的共同点：两国从一开始都有一项权威性条文，在美国是第一修正案，而在法国则是 1789 年宣言的第十一条。这些条文的丰富含义慢慢地才被法律工作者、法院和政治家们充分认识到。在美国，是在 Gitlow 一案之后，而在法国则晚一些，要到 1984 年宪法委员会的决议之后，人们对这些条文的意义才有足够的了解。

法国的言论自由：

宪法地位以及有限保障

今天，言论自由在法国与美国一样具有一种宪法地位，但在法国，为之提供的保障措施是有限的。

新闻自由的宪法地位不仅是建立在 1789 年宣言第 11 条之基础上，而且还基于这样一个事实，这种自由在法国宪法中构成一条“为共和国的法律所认可的基本原则”。在 1946 年宪法的序言（被认为是宪法不可分割的组成部分）中、在至今仍然有效的 1958 年宪法中，我们都可以找到相应的语句。[21]

直到 1958 年，法国都未曾确立对制定法进行司法审查的制度。自 1958 年始，在法国出现了一个新的机构——宪法委员会，享有在某些条件下对法律进行审查的专属管辖权。这是对绝对的议会主权原则的一种重大背离，其结果是一个宪法执行机构的诞生。宪法委员会涉及言论自由的决议可以归纳为如下几种：根据 1789 年宣言第 11 条的表述，思想与信息的交流是一种基本自由。这样，根据规定议会立法权限的宪法第 34 条，议会（而非行政部门）拥有宣布与这种自由之行使的基本保障有关的规定的专属管辖权。[22]在行使其职权的时候，议会不能凌越那些被认为必要的东西——这是对必要与适当原则的一次重要肯定。因此，凡是与国家对广播业的垄断以及对政府或独立的官方机构允许设立的私营广播公司的核准有关的裁决，都不得不考虑通讯自由、技术限制和三种宪法性的目标：公共秩序（ordre public）的需要；对他人自由的尊重；以及对宪法委员会称之为“多元主义”的维护，后者充分注意到了广播在这方面的特殊性质。[23]

1984 年 10 月 10 日至 11 日，宪法委员会作出了一项里程碑式的决议。[24]一部新闻方面的法律刚刚由议会通过。这项法律要求报纸和新闻公司公开有关所有权的某些信息，并采取措施来限制经济集中。有关这项法案的讨论在议会和新闻界自身中都进行了很久，有时甚至达到白热化的程度。议会中的反对派没有隐藏自己的意图，他们将这项法案提交给宪法委员会审查，后者的裁决提出了新闻自由这一一般性概念中的许多具体因素。

首先，公开有关所有权之特定信息的义务（在法国，这叫做“透明性”）与新闻自由并非不能并存，它也没有限制新闻自由。相反，这些信息对新闻自由权的有效行使很有帮助。通过让公众了解新闻公司真正业主（dirgeants）的身份、同它们有关的经济业务及相关的经济利益，可以使读者们能够在报刊之间进行自由的取舍。公众由此可以对新闻界提供的消息有充分的了解。

政治党派给这部新法的施行造成了一个特殊的问题。宪法第 4 条规定：“政治党派和社团是体现参政权的一种主要方式。它们的创立和运作都是自由的。不过，它们必须尊重国家主权及民主的原则。”宪法委员会的裁决在此处提出了两项原则：第一，在有关新闻领域的事务中，政党并不享有优越于普通公民的权利。第二，在适用这部新法规时，必须特别注意不要妨碍宪法第 4 条所保护的政党活动。[25]

有关该法规在限制新闻界经济集中，维护多元化的安排时，宪法委员会引用了 1789 年宣言第 11 条：“思想和意见的自由交流是人类最珍贵的权利之一；每一个公民都可以自由地说话、写作并发表自己的作品，但他必须依法对滥用这种自由负责。”引用这一条文的目的不仅是以此作为对 1984 年的那部法律的一种限制，也是 69 作为对这一领域中任何未来法律的一种限制。

宪法委员会肯定议会享有制定与基本自由（如宪法第 34 条所规定的通讯自由）有关之法律的专属管辖权。但议会的权力也是要受到限制的。立法只有两种合法目的：便利言论自由权之行使，并使之与其他宪法性规则或原则相协调。

宪法委员会注意到，言论自由权的行使“是尊重其他权利和自由及国家主权的一项根本性保障”。[26]若除去所提到的国家主权，这些词句令人想到卡多佐大法官 1937 年为言论自由作为一种基本自由而辩护时所用的语汇。言论自由是“几乎其他每一种形式的自由都不可缺少的条件。”[27]宪法委员会裁决中的这段话没有被人们忽略，我们可以预期它在未来岁月中的影响。

宪法委员会宣布要保护报业的“多元主义”——也就是说，要防止过度的经济集中——是一项宪法目标：“这个目标就是：读者，作为 1789 年宣言第 11 条宣告的言论自由之要受益者之一,应当处在可以不受任何出自私人利益或来自政府之干扰而进行自由选择的地位上，而且，这不能被弄成一种商业事务”。[28]1984 年的那部法律把任何一家报纸所能控制的总发行量限制在全国报纸总发行量的 15%以下。宪法委员会对这种限制作了缩小解释，使之仅适用于那些通过兼并和合营来获得增长的发行量，而不适用于在市场竞争中成功地实现的发行量。宪法委员会还宣布这部法律只适用于将来获得的发行量。正如一位英国评论者所言：“只有在不法事态存在或‘真正需要确保实现所追求的宪法目标得以实现’出现问题的场合，推翻既存的安排才被认为具有宪法上的妥当性，而这两种情况都不适用于眼下这个案子。”[29]

认识到宪法委员会关于总体上的言论自由的陈述所具有的法律和政治意义十分重要。当 1881 年的那部法律通过之时，只有印刷业和报纸在其适用范围之内；新闻公司和读者未被提及。那么，今天令我们感到惊奇的一些事情在过去就是完全可以理解的了。经过数代人为出版自由而进行的斗争之后，出版界的经济状况和读者的利益被人遗忘是自然而然的。这种忽视今天不会再发生了。

一种有限保护

在法国，对表达（言论）自由的宪法保护受其法律制度中某些特征的限制：

(1)根据宪法第 61 条的规定，只有已被议会通过而尚未颁行的制定法才能提交到宪法委员会审查。该委员会无权宣布一部已经由总统签署并颁行的法律无效。

(2)普通法院没有宣布制定法违宪的权力,它们甚至无权就一部法律的效力问题提交宪法委员会审查。国家行政法院（Conseild’Etat）和其他行政法院有权废除政府部门在其自治规范权——制定自治性规则条例的权力（pouvoir reglementaire autonome）——范围内制定的法规，如果它们发现其违宪。

(3)由于法国法律史和政治史上的原因,管理新闻（书写自由）以及结社、集会自由的法律与涉及游行、示威问题的法律并不形成一部统一的法典。不同的自由由不同时代颁布的不同法律加以规制，在有些方面，它们的内容和结构都大不相同。不存在像美国宪法第一修正案中的那种统一的原则。

(4)比较一下美、法两国法院关于新闻及表达自由的裁决和法律文献，我们便会发现一个主要的区别。在美国著作[30]和法院裁决中可以找到的对这些自由之哲学、政治与社会基础及其相关的社会价值所进行的反思和讨论，在欧洲这边却不存在。在法国的司法传统中，法院的裁决相当精炼。它们通常避开了美国法院的裁决中常见的那种哲学的或社会性的论证。发表赞同或反对的个人意见会被认为是对法律和先例的违反。

从宪法委员会最近的裁决中，可以看到一种受人欢迎和迫切需要的与老习惯的背离。但是，美国最高法院在言论自由方面的重要决议早在半个多世纪前就已完成了主体构架，而法国宪法判例直到最近才出现。一般法院还很不习惯在它们的判决中引用诸如 1789 年宣言第 11 条之类的条文。不过，变化已经发生，美国观念的影响有可能正在增强。

在大多数关于信息法[31]或公民自由[32]的论文中，法律讲解之前都有一些历史发展或若干一般性考察。直到最近，宪法在法国法律院校中还被认为是法律教学中不重要的课程。法理学并非普遍开设的课程，即使开设，也不是必修课。[33]在学科设置中，宪法、行政法和公民自由是各自独立的课程，它们之间的联系时常不被注意。[34]一种相当枯燥的法律实证主义在这里占据着统治地位。举例来说，哪一本法国的普通法学杂志为其读者展示过一场像 1958 年的《哈佛法学评论》中 H·L·A·哈特和朗·富勒[35]之争那样的辩论呢？又有哪一个法国哲学家像 A·米克尔约翰[36]那样给过法律工作者那种智识启迪呢？不过，事情或许已经开始发生变化了：创办于 1985 年的一种新的法学刊物——《权利：法国理论法学评论》似乎带来了一些希望。[37]

迈向一种欧洲的表达自由的一般概念

要给出一个一般性的“表达”概念，可能先得论及这种自由的哲学基础以及这个概念涉及的范围。

在美国，有一个关于言论自由的哲学、政治和社会基础的重要写作群体。[38]讨论仍在继续，焦点是第一修正案在美国制度中的核心地位。问题是：在欧洲是否存在一种相应的或可比较的言论自由的知识基础。

与此相关，我们应当注意到美国文献本身高度评价了两位欧洲思想家——约翰·密尔顿和约翰·斯图亚特·密尔。[39]事实上，关于言论自由之基本概念的讨论也曾发生在十九世纪的欧洲，发生在英国哲学家们（密尔；J·F·斯蒂芬）之间及法国的法律和政治家们之间。同样，这些一般讨论的要点也可以在英国和法国当时涉及具体事项的官方报道中找到。这些具体事项包括淫秽读物管制、[40]新闻界与司法界的关系、[41]出版业的经济集中及其后果、[42]记者的权利[43]以及从事新闻业的一般条件。[44]

直到二十世纪末，欧洲的言论自由概念都包括这样几个核心要素：《欧洲人权公约》第 10 条、欧洲人权委员会的有关判例以及设在斯特拉斯堡的欧洲人权法院对该条款的施行。这些判例并非不受美国的影响，它们能够提供一种与美国宪法第一修正案的哲学蕴含和判例进行比较的基点。[45]

《欧洲人权公约》要求缔约各国“在其管辖权范围内保护每一个人”享有公约中确定的权利和自由。对这些权利的规定大多不是绝对的。每一个条款在阐明一种基本权利的同时都允许对之加以合法的限制。

《公约》第 10 条规定：

(1)每一个人都有自由表达的权利。这种权利应当包括保持主张的自由，以及不受政府机构干涉地、无国界地坚持自己意见及接受和传播信息与观点的自由。本条款不应禁止国家对广播、电视或电影业规定许可证制度。

(2)由于上述自由之行使仍然伴有义务和责任，在行使这些自由权时，为着国家安全、领土完整和公共安全的利益，为了防止无秩序或犯罪，为了保护人民健康和道德水准，为了保证对他人权利和名誉的尊重，为了防止由信任而获取之信息的泄露，或为了保持司法的权威与公正，必须服从法律所要求的以及民主社会所必须的程式、条件、限制或惩罚。

适用第 10 条规定的案件表述了关于表达自由之哲学的几种看法。在这样的理论中，该条款中的“民主社会”这一概念是一个很关键的要素：“法院的监督职能要求它对显示‘民主社会’之特性的诸原则寄予最大的关注。言论自由是构成这种社会必不可少的基础之一，是其进步的一个基本条件，也是任何人求得自我发展的一个基本条件”。[46]

“在一个民主社会中”这个词组，法院的解释是要考虑“多元主义与宽容的要求，以及没有它就谈不上是‘民主社会’的广阔胸襟的要求。”[47]第 10 条“不仅适用于那些以令人赞许的方式获得的、不得罪人的或不好不坏的‘信息’或‘观点’，也适用于那些触犯、震动或惊扰国家及他人的信息或观点。”[48]在一个民主社会中，“每一种加于这个领域的‘程式’、‘条件’、‘限制’或‘惩罚’都必须符合所追求的合法目的”。[49]

多元主义和宽容的观念的确十分重要。不过，依我之见，多元主义只是一个民主社会的必要条件；它不是一项充分条件。如果没有一种对我们所愿生活于其中的社会类型及我们所应尊重和保护的某些基本价值的共识，多元主义就只不过是一种各种倾向或利益的联盟，而宽容则变成了一种漠不关心和道德相对主义。[50]

根据第 10 条第(2)款的规定，言论自由权的行使“带来了相应的义务和责任”，这取决于具体情境中的所有因素，包括行使自由权的方式。因此，自由权的行使要服从政府机构施加的“程式、条件、限制或惩罚”，而不论其性质（行政的、民事的或刑事的）或来源（行政的、立法的或司法的）如何。

这些限制以及欧洲人权委员会和欧洲人权法院对之进行的阐释也有助于形成言论自由之一般概念：

(1)对言论自由的限制必须“由法律规定”：

首先，法律必须足以被人理解。对于在何种情况下法律规则适用于一个给定的情形，公民们应当能够充分地预见。其次，除非一种规范具有足够的精确性以使公民能据此调整自己的行为，它不能视为一部“法律”。一个公民应当能够——如果需要的话可以佐以适当的劝诫——在情况合理的程度上预见到一种特定行为必然会产生的后果。这种后果不必能被预见到绝对精确的程度，经验告诉我们这是不可能的。再者，如果我们要求高度的确定性，这必然会随之带来僵化，而变化中的环境却又需要法律能够跟上其步伐。于是，许多法律都不可避免地使用或多或少有点模棱两可的术语来表达，而法律解释和适用是实践问题。[51]

(2)对言论自由的仅有的合法限制就是由第 10 条第(2)款列举的那些 国

家安全的利益；领土完整或公共安全；防止无秩序或犯罪；保护健康或道德；保护他人的名誉或权利；保护获得的机密信息；以及保持司法的权威与公正。不过，这一条款必须结合公约中的其他条款一起来理解，如在国家的紧急状态中允许对权利造成损害的条款（第 15 条）和允许限制外国人的政治性活动的条款（第 16 条）。

(3)该法院似乎反对“平衡”言论自由与公益的观念，这条原则对美国判例来说是再熟悉不过的了。该法院“所面对的不是在两项相互冲突着的原则中作出选择，而是面对受制于几项例外情形的表达自由原则，这些例外情形只能作狭义解释”。[52]

(4)在考虑这些限制时，该法院对自己的角色是警醒的：

> 涉及到的干预属于上述第 10 条第(2)款所列举的例外情形，这一干预的条件是不充分的。因为其内容属于一特定范畴或由以一般性或明确词句表述的法律规则所规定，这样提出的干预也是条件不充分的。只有当根据特定案件的事实及相关情况来看干预是必须时，这一干预才满足了本法院的条件。[53]

许多根据第 10 条第(2)款声称为合法限制的案件都适用了这一关于表达自由的一般学理：

(a)对道德水准的保护。在 Handyside 一案中，一家英国公司打算出版发行的《学龄儿童小红书》的制版作为淫秽物而被查封、没收并销毁了。法院对出版者的表达自由进行干预所依据的就是“法律的规定”（主要是 1959 和 1964 年《淫秽出版物法》）及保护道德水准“在民主社会中的必要性”。[54]

(b)禁止泄露机密信息。一家瑞士日报的编辑由于发表了涉及间谍活动的瑞士保密机构的一份机密报告中的一部分而被判刑并处以罚款。欧洲人权委员会认为这种情况不是违反《公约》。[55]

(c)保护他人的名誉或权利。在英国根据有关渎神诽谤罪的法律（这是许多国家都有的一种历史遗留物），一首妄称基督是同性恋者的诗歌的出版担保人被科处罚金并处以缓期监禁。人权委员会认为这不违背《公约》第 10 条之规定。[56]

奥地利的两起诽谤案所导致的重要决议对言论自由理论的发展起到了一定作用。在第一个案子中，一部奥地利法律要求报刊只发表能证明为真的东西，欧洲人权委员会认为此法律并未超出一个民主社会的合理必要性。只有在对一个特定的人提出其言论具有客观上诽谤性之指控时，才能适用这部法律中的全部规定。[57]在 Lingens 案中，欧洲人权委员会认为第 10 条被违反了。奥地利前大法官布鲁诺·克雷斯奇对一位新闻记者提起刑事诉讼，该记者后来被判了公开毁坏他人名誉罪。这个新闻记者曾经批评过克雷斯奇的政治行径及他的一些言论，特别是他与奥地利自由党的一个领袖彼特的关系，并指称彼特与纳粹活动有涉。所有这些言论均未触及克雷斯奇私生活中的任何行为；给这个记者定罪的根据是他把克雷斯奇的行径描述得近于“最丑陋的投机”，并且是“不道德”、“不光彩”的。人权委员会说它“不能接受新闻界作出的批评性价值评断，除非可验证其真实性”；[58]但是它得出结论（欧洲人权法院后来也同意这个结论）说：这种对新闻记者活动的干涉不是“在一个民主社会中……为保护他人的名誉……所必须的”。

在一个涉及一些拥有种族主义小册子而被定罪的上诉案子中，人权委员

会拒绝适用本条规定。它引用《欧洲人权公约》第十七条，[59]指出其基本目的是“防止极权主义团体为其自身利益利用公约中罗列的原则”。[60]在另一案子中，人权委员会对德国诽谤法禁止展示否认屠杀犹太人的文献表示支持。[61]

维护司法的权威与公正

这是由欧洲人权法院于 1979 年作出裁决的 Sunday Times 一案中的争论点。[62]在这一案件中，

> 药品制造者曾经在市场上推出一种叫做“沙利多麦”镇静剂。一些孕妇服用之后，产下了畸形的婴儿。这些婴儿的父母们申请了令状之后与制造商进行了长期的谈判，案件审理尚未进行。此时，一家周报——《星期日时报》登载了旨在为父母们的行动赢得更多协议赔偿的系列文章。有一篇提出建议的文章论及这种药剂试验、生产及面市的历史，但检察总长获得一份阻止这篇文章发表的禁令，其理由是它可能构成了对法院的蔑视。禁令是由上议院签发的。《星期日时报》的编辑和一些记者提出申请……宣称这项禁令侵犯了他们的言论自由权。[63]

欧洲人权法院认为《公约》第 10 条被违反了。在对关于蔑视法庭的英国法律进行了充分的考查之后，该法院发现对申请人的言论自由所进行的干涉是由法律在《公约》第 10 条第 2 款的含义之内明文规定的。但适用于此案的这部法律“是否为民主社会所必需”呢？它是否适应一个报刊社会的需要？它是否符合合法性目的的要求呢？对这些情况进行考虑之后，法院发现这部法律达不到这些标准。这篇提出动议的文章措辞温和，并非只提出对一方有利的证据。它的发表不会对“司法的权威”产生不利的后果。[64]法院补充道：

> 众所周知，法院不能在真空中运作。虽然大众传媒不能逾越为了司法正当管理的边界，但它也有责任传播有关提交法院审理之事务的信息和观点，正如在其它涉及公共利益的领域中一样。不仅是传媒有职责传播这样的信息和观点，公众也有权利接受它们。[65]

法院强调这样一个事实：“‘沙利多麦’惨剧无疑是公众注目的焦点……科学发展所带来的损害和对这种损害进行赔偿的问题被提了出来，有关这些问题的现有法律中的许多内容都动用了起来。”[66]

如这些案子中所体现出来的这种由《公约》第 10 条引发的理论是无法用一个词汇来加以表达的，正像美国宪法第一修正案那样——这是一个已经要求并将继续要求界定和解释的词汇。这个创生中的欧洲概念，正像在《欧洲人权公约》第 10 条的段落所表述的那样也正被人们所界定和提炼。在此过程中，美国早期的法律理念发挥着作用。

这一概念的涵盖面

怎样设计一个信息自由及其限制的一般性概念将会确定这一概念的外延和内涵。《欧洲人权公约》认识到表达自由是比新闻自由更为广泛的概念。按照公约第 10 条之规定，“这种权利应当包括……不受政府机构干涉地、无国界地传播信息与观点的自由。”这种自由权适用于所有的表达方式（出版

媒体、广播及其他），不仅包括新闻出版自由，也包括“演说”自由，正如美国宪法“第一修正案”中所使用的那些术语一样。公约第 10 条所提供的保护不只是及于那些“表达”信息和观点者；它也考虑到那些“表达”所针对者的权利，即“接受信息和观点”的权利，这种权利与“第一修正案”中所暗含并在美国逐步成形的知情权颇为类似。

一种关于表达自由的理论不可能独立于它所适用的文化背景之外而不为其所动。由于美国与欧洲的不同文化背景和历史传统，即使以完全相同的术语表述的同一种理论也不会在适用上完全等同。通过对美国和法国在几十年中出现的四个关键问题的了解，我们可以看出这一理论的不同发展道路。

商业性演说：共同的迟疑

“第一修正案”或《欧洲人权公约》第 10 条为商业性演说提供的保护（如果有一些的话）程度过去十年中在美国和欧洲引起了广泛的争论，至今尚未有结论。人们或许可以从中觉察出两个社会在某种程度上正共同趋向于一种迟疑不决的状态。[67]大西洋两岸的判例由此而呈现出某种相似的倾向。法院已拒绝把商业性演说一股脑儿地排斥在对“演说”所提供的保护之外。这在美国出现于 1976 年的 Virginia State Board of Pharmacy v.VirginiaConsumer Council 一案中的裁决,[68]一年之后的 Linmark 案[69]支持了这种新趋向。不过，这两个判例都未曾触及一般性的商业广告问题。第一个案子涉及禁止药品商就处方药剂的价格作广告的问题。在第二个案子中，最高法院不得不对一部禁止在房屋前标示“出卖”或“待售”字样的地方性法规的效力作出宣判。在此后一系列案件中，美国最高法院针对由律师代理的当事人之请求，时而支持加以某些限制，时而又宣告另一些限制无效，其立场游移不定。[70]法官们之间在什么能被恰当地视为“商业性演说”的问题上也存在尖锐的分歧。[71]

事情在欧洲也并不更清楚。欧洲人权委员会曾两次宣布商业性演说本身并未超出《欧洲人权公约》第 10 条第(11)款所保护的范围之外；[72]但这些裁决仅仅是针对其保护资格做出的。在更晚一些的 Barthold 案中，[73]欧洲人权法院明确地拒绝裁定对兽医广告的限制与公约第 10 条是否矛盾。一个名叫巴尔托尔德的德国兽医接受了一家报纸的采访，他批评汉堡不提供夜间急诊服务。在采访中他提到了自己的夜间服务。这使他卷入了一场诉讼，事由是说他违反了职业行为不得作广告和进行宣传的规则以及进行不正当竞争。按照法院的意见：

> 无论怎样表述，施加的限制都与巴尔托尔德医生的见解之内容有关，这些见解包括对在汉堡进行夜间兽医服务之必要性的看法，以及一些确定的事实材料和特别针对他个人与他的诊所之服务的声明……。所有这些不同的因素重叠起来构成一个整体，其关键是就一个涉及一般性利益的话题表达“意见”与传播“信息”。我们不能将某些表演性多于真实性的因素从此整体上剥离，而这些因素，依据德国法院，具有类似宣传之效果。由于导致此项限制者是一个记者所写文章之发表，而不是商业广告之登载，情况就尤为如此。[74]

法院认为“无须调查目前这个案子中登载广告本身是否在此条款的保障范围之内”，公约第 10 条就可以适用。[75]它还认为公约第 10 条被违反

了。在表达他的赞同意见时，佩迪提法官简要地提到了职业行为标准的演进。“商业性演说”他补充道，是“直接与表达自由相关联的”。[76] 他提到了有关这一主题的美国判例，并似乎为法院未能走得更远而抱憾。

在欧洲，与在美国一样，要确定什么样的商业演说作为演说而受到保护，还必须解决许多问题。首先，广义的商业性演说看来至少可以分作两类——商业广告和自由职业者（特别是医生和律师）所作的广告。在多数国家，这些职业的从业者都要或多或少地受制于严格的职业行为规范，而其形式在实践中是不断变化的。[77] 其次，只确认商业性演说应该得到一些保护是不够的。其中有一个关键问题是法律想保护谁以及保护到什么程度。在这方面，至少可以确定有四类候选者：

1.广告业。对其而言，广告是一种直接的收入来源。

2.广告所使用的媒体。对报刊和电视来说，广告是一种重要的财政来源。对广告的管制会影响到总的消费量，从而给这些媒体造成一种普遍的令人寒心的影响。

3.为了增加利润而做广告的公司或个人。

4.消费者——广告产品的潜在购买者或广告服务的潜在使用者。公众有权获得信息，但他们也有权获得保护，以免受错误信息之误导。

我们关于表达自由的一般理论能为解决相互对立的请求提供指导吗？它是否支持对商业性演说的受益者划分不同的等级？一些美国最高法院的裁决，特别是 Virginia State Board ofPharmacy 案和 Linmark 案，似乎显示出这样一种倾向：消费者的利益应比其他利益得到更多的关注。在这里，美国在实践中将不得不考虑的“平衡”问题仍然不精确。欧洲的判例则更落后一些。商业广告比其他演说受到更少的保护，其理由似乎是不证自明的，在多数国家中，虚假、误导或不准确的广告都是被禁止的。[78] 其他的公共利益也应受到保护。1979 年，美国最高法院提出了这样一项规则：对并非误导的商业宣传所采取的限制措施必须服务于一种实质性的公共利益，并必需能够直接促进这种利益；而且，这种限制得以必要为限。[79]

在几个西欧国家中，电视广告要受有关时间长度及内容的严格详细的规则和惯例的制约；为某些特定产品或活动作广告是被禁止的。随着国内与国际电缆及卫星电视系统的发展，这些限制和管制可能要受到挑战，首先是在国内法院所面对的案件中，随后是在欧洲人权委员会、欧洲人权法院（设在斯特拉斯堡）或欧洲司法法院（设在卢森堡）受理的案件中。[80] 如果发生这种情况的话，美国判例会得到引用，正像已经发生过的情形那样。在此领域中对美国和欧洲的判例进行比较研究将会有所收获，而且很可能会爆出一些冷门。

对公职人员的诽谤

公职人员比其他人所享受的免受诽谤的保护是否应该少些这在美国和欧洲都已成为一个问题。在美国最高法院对 NewYork Times v.Sullivan [81] 一案作出裁决之后二十多年，美国和欧洲的判例都表明，不管是在实践中还是在法律中，也许都存在某种程度的趋同。

New York Times v.Sullivan 案涉及一个公职人员对批评其公职行为者提起诽谤行为的诉讼。法院提出了这样一项原则：在同诽谤公职人员有关的

案件中，新闻自由要求对报刊比对官员提供更多的保护。法院裁决的依据不仅是一般原则，还考虑到公务人员的地位。法院引述了“国家对这样一项原则的深切承诺：有关公共事务的争论应当是放任的、直爽的以及向大众敞开的……它也应当容许对政府和公职人员进行激烈的、苛刻的、甚至有时是令人气恼的尖锐的抨击”。[82] 另一方面，公职人员“往往享有更多的便利去接近有影响的资讯渠道，从而比普通百姓有更实在的机会去消解虚假言词的不利影响……再者，他们冒着受公众更严格审视的风险”。[83]

法院总结道：“宪法性保障需要……一种联邦规范来配合，即：除非一个公职人员能够证明某种毁谤性谎言是出于‘事实上的恶意’——就是说，它所使用的信息是虚假的或根本不顾及真假，他不能由于这种涉及其公职行为的谎言而得到损害赔偿”。[84] 法院明智地拒绝确定“在使用这一原则时，‘公职人员’这个称号应最低扩展到什么级别的政府雇员，或……对可能与不可能归入其中的人进行分类”，拒绝确定“‘公职行为’这个概念的界限”。[85]

New York Times v.Sullivan 一案产生了极为深远的影响。在此后的一些案子中，有些人认为是步步下滑，而有些人认为是遵循了 Sullivan 案的内在逻辑，法院常常适用同样的标准来判断“知名人士”，[86] 然后又适用于所有与“公共或普遍利益”有关的事项。[87] 发展至此，如果不撤退的话，至少也该止步了，[88] 但更多的事情却接连发生了。Sullivan 案结出的另一个果实出现在 Herbert v.Lando 一案当中。[89] 在这里，一个“知名人士”由于受诽谤而要求赔偿；Sullivan 一案中的标准得到适用。为了证明“事实上的恶意”，他想方设法地盘问被告及其同事的信念与识见。被告抗辩说，这种盘问给被告带来了沉重的经济负担并给传媒批评公职人员意愿造成了“令人寒心的影响”，但法院没有接受这一抗辩。阿尔契博德·考克斯教授就此写道：“当他们被严厉地盘问他们着手撰写一个故事时所抱持的思想和情绪时，他们所感受到的羞辱是很容易理解的，但这难以否认是（Sullivan 案）实质性法律的结果，因为这一法律强调行动者的思想状态。”[90]

相对于 Sullivan 案来说，这个案子是否构成一种倒退以及“退了多远都尚属疑问”。[91]1985 年的几个重要案件值得注意。在那一年中，威特莫兰将军诉 CBS 公司一案和以色列的沙龙将军诉《时代周刊》一案连续很长一段时间占据着众多报纸的头版。两个案子都陷入确定“事实上的恶意”之困难中。[92]

欧洲的法律和实践并没有什么根本的不同。一些国家对诽谤之诉规定了一种成文法的“正当利益”抗辩。另一些国家，如英国，有普通法来保障对涉及公共利益的事项进行公正的评论。[93] 在英国，反诽谤委员会研究过一项提议：通过制定法来授予报纸有限的特权。这种特权只在特定条件下方可适用；所讨论的事项必须涉及某种公共利益。对于事实的描述，登载者必须是相信此种描述为真，并尽一切合理的注意来确证其真实性。如果发表的文章包含一些评论因素，这些评论必须能为事实所支持，而出版人必须是尽过一切合理的注意来确证其事实的真实性并最终相信其真；而且，它们必须是出于善意。[94]

由于各种原因，委员会最终否决了这样一种改革。首先，这种提议中的特权“会把报纸、广播及电视机构放在一种特殊的位置上。而我们”，委员

会宣称，“ 反对创设这样一种地位。 ” [95] 其次，委员会发现没有证据表明出版界由于缺乏这种正当保护在发挥其正当职能时遇到障碍。法律上的这种变化会导致不利于原告的严重失衡。委员会认为这是“ 根本不应追求的 ”。它还考虑到：如果新闻界坚持不公开机密材料的原则，这种提议中的特权就无法发挥效用；而这种情况是会时常发生的。最后，委员会认为：一般法律规定的特权在适用于其他人的同时，也可以丝毫不差地适用于报纸、电视和广播机构。 [96]

委员会的报告两次提到了美国判例。它引用了哈兰法官和马歇尔法官在 Rosenbloom v.Metromedia 一案中表述的异议。[97]它还提到了当时流行的涉及对有关公共利益的事项进行讨论和交流的美国法律。 [98]

法国的诽谤法只适用于区别于个人意见的事实陈述。在法国，诽谤既是一种犯罪又是一种侵权。例如，同一法院可以同时判处一个记者或编辑罚金并让他赔偿受中伤者的损失。 [99] 在关于新闻界的 1881 年法律中， [100] 诽谤一个公务员、一个内阁成员或议员、任何公职人员（就他或她的职责与他或她的品格）、或任何履行公共服务者（即便是临时性的）——如陪审团成员或出庭证人，都被视为一种不同于普通诽谤的特殊犯罪。对之所处的刑罚远远重于一般情况。

从表面上看，在对待新闻界上，法国法律似乎远比美国法律苛刻。事实却并非如此。在法国，由于法律对构成诽谤的行为作了较窄的界定并给知名人士下了一个较为狭小的定义，新闻界从中得到诸多便利。同时，严格的程序规定也使新闻界受益。值得注意的是，原告必须陈述自己的起诉理由；也就是说，他（她）必须表明：他（她）本人认为自己是作为公职人员还是作为个人而被诽谤的；而且，他（她）不能提出两个诉讼；如果他（她）作为一个官员提起诉讼失败了，便不能再以公民个人的身份就同一事项提起诉讼（这种条件限制为 1881 年制定的那部法律第 50 和 53 条所规定）。

最后，公职官员很难获得赔偿，法国法律第 31 条的规定也未给他们提供控诉诽谤行为的激励。从增补的为公正评论公益事项提供的保护中，新闻界也获益匪浅。

对新闻界的特殊保护

过去十年中，就应该为新闻界和记者提供什么样的保护之问题，在美国和欧洲展开了讨论。记者是否应当享有不在法庭或陪审团面前作证以及不透露其信息来源的特权？对此问题存在不同的看法。对报社或广播台的房产是否可以成为搜查和没收的对象问题，也有一些争论。美国和欧洲的法律制度与程序各不相同，但仍有可能从这些方面辨识出某种共同的倾向。

记者的信息来源

在法国和美国，都曾有人认为：记者应当有权拒绝透露他或她的信息来源。强迫一个记者透露其信息源就是否定新闻自由和信息自由；如果记者知道自己将不得不透露信息来源，这将妨碍他或她去收集信息，并且会对出版事业造成一种“ 令人寒心的影响。 ” 而且，披露信息来源也违背了这一职业的职业道德与传统。

另一方面，又有人指出：这种不受普遍作证义务约束的特权或豁免是不可欲的；这种特权或豁免应该极度小心地授予，而且只有一种紧迫的公共利益或社会需要赋予其正当性时才能这样做。与法庭合作是每个人的法律义务且符合公共利益。允许记者享有特权将危害所有公民享受公平司法管理的权利。再者，这种特权很容易被滥用。它在将来会产生不利于新闻界自身的后果。在实践中，这种豁免无助于新闻界，正如没有这种特权未曾妨碍搜集新闻的过程一样。人们为着各种不同的理由接受报纸的采访并为新闻界提供信息，即使新闻界的信息源不受特权庇护，他们也会继续这样做。

如果对记者的信息源进行保护从原则上为法律所认可，如何划定豁免的范围可能并非易事。举例来说，这种保护只应该涵盖那些以记者身份获取的“机密信息”吗？它是否适用于记者在职业活动中得知的所有东西？如果是这样，那么记者什么时间算不从事职业活动呢？特权是否应当有例外？若是为着公道的利益？为了防止犯罪呢？作为对记者自己的防护呢？

在美国，记者们被传唤到大陪审团或法庭前作证时似乎不能倚仗第一修正案中的权利来拒绝披露其信息来源。[101]一些州颁布了法令，为记者提供某些保护，但这些“掩护法”所提供的保护范围却是不确定的。[102]

法国法（《法国刑法典》第 378 条）中规定了某些特定职业的从业者有义务不泄露同其职业行为有关的信息，但这条法律不适用于记者。现行法律（刑事诉讼法典和民事诉讼法典）未曾授予记者任何特权或豁免权。1984—1985 年间，司法部长罗贝尔·巴丹特组建了一个调查委员会来研究这一问题，但该委员会的报告 [103]中未曾提出任何改动法律的建议。

不过，记者并非得不到任何保护。如果一个记者拒绝在法庭或预审法官（juge d’ instruction）面前作证或被问及信息来源时保持沉默，法院会确定他（她）是否犯了罪（惩罚方式通常是小额罚款），或者，从这一职业的传统考虑，记者在该种情况下能否援引“合法性动机”而得到谅解。法院倾向于不过度追问新闻从业者的信息来源，如果他们保持沉默，一般也不会被定罪。除此而外，法国法律中找不到“蔑视法庭”的精确对应。美国的 Bramzburg 案或 In re Farber 案中成为正式理由（causes cele- bres ）的东西尚未在法国出现。 [104]

在英国，[105]《蔑视法庭法》（1981）为记者提供了一些保护。这部法律第 10 条规定：

> 法院不得要求任何人披露他对之负责的已发表文章中所含信息之来源，也不得因为拒绝披露而判处任何人以蔑视法庭罪，除非这样做能够满足法院的如下需要：为了司法公正或国家安全的利益、为了防止混乱或犯罪，而必须披露信息源。 [106]

在 Guardiam 案中，上议院认为：为了国家安全的利益，报社有义务将提斯黛儿小姐从她供职的外交部偷出的一份文件返还给政府。 [107]

搜查和没收

对报社或广播电台的住地进行搜查或收缴的事件是比较罕见的；当这种事情发生时，会激起强烈的抗议。在美国和英国，新闻界都受到一些立法性保护。

在美国，变化来得相当快。伦敦的《经济学家》杂志在评论 Stanford Daily

一案的决议[108]（在该案中，美国最高法院支持了对一份学院报纸的住所进行搜查）时写道：“ 不幸的是，报社作为一种机构（如果可以这样称呼它的话）到目前还没有最终赢得美国公众整体的欢迎，因此，在本案中，无法指望人民会施加某种很强的压力，以使国会采取某种主动的行动。”[109]然而，仅仅在几个月之后，卡待总统便公布了人们所称的“ 隐私法 ”（1980）。[110]该法禁止因第三人所犯的被控罪行而对报社住所进行搜查和缴没，除非能够清楚地证明采取这种行动的紧迫而无法避免的必要性。经过许多争论（其中包括新闻界内部针锋相对的意见分歧）之后，英国在 1984 年颁布了类似的法律。 [111] 它现在包含在 1984 年《警察与刑事证据法》第 13 条之中：

> [l]依照本条第（2）款之规定，在本法中，“ 新闻材料 ” 意指那些为新闻业之目的而获取或创造的材料。[2]就本法的目的而言，只有当一个为着新闻的目的而获取或创造某种材料的人占有该材料时，这种材料才能算作新闻材料。[3]从打算让接受者用于新闻目的的人那里接受某种材料可以被视为是为着此目的而获取它的。 [112]

按照一个英国评论者的看法，“ 新闻材料 ” 一词 “ 可以涵盖诸如记者笔记之内容以及被考虑发表而送到记者那里的文件之类的东西。……新闻界没有必要表现出非常崇高的性质来讨取全部豁免权。这部法律没有对新闻业的含义作出界定，但它肯定包括各种形式的活动，无论它们是卑下的、有偿的还是无偿的。 ” [113]

在法国，对一家著名的周刊社（《巴黎竞赛》）和一个地方电视台的住所进行搜查和没收（在两个案子中都有很好的理由）的事件发生后，“ 新闻与司法调查委员会 ” 对此问题进行了探讨。在其总结报告中，它提出了如下建议：

（l）依目前的法律，这样的搜查和没收只能依预审法官（juged ’ instruction）或国家公诉人的命令进行。报告建议在每一个这样的案子中都必须有一名法官或公诉人在场。否则这种搜查和没收是非法的，其缴获物也不能用作证据。

（2）对这种搜查和没收的确切目的应当加以合理的清楚表述，以免“ 漫天撒网 ”。

（3）这种行动在任何情况下都不应当成为记者和新闻界自由活动的障碍。它们也不应成为不当耽搁某些材料之发表或播放的原因。如果必要的话，应使其能得到有关文件的复印件。 [114]

美国和英国所提供之保护的范围仍然很不确定，有赖于法院的解释。而解释最终可能是狭窄的。尽管如此，司法机关和警方在进行这种搜查和没收时也会有所顾虑。同样，这种对报社或广播电台住所的侵犯在法国也不可能成为一种经常性的事件。

美国和欧洲在观念上的差异

在对待新闻出版和一般的表达自由的法律和社会态度中，美国与欧洲国家之间存在三点主要区别。首先，是已经提到的：在美国存在一个第一修正案——它的关于言论与出版自由的条款及它的统一力量。在美国有一套保护表达自由的法律体系，与此形成对照的是，欧洲各国的表达问题散见于不同的法律中。在欧洲，新闻出版、游行、示威、集会、结社以及其他形式的言

论是由不同的规则来调整的，这些规则是一个一个地颁布的，且通常每个规则的意图也各不相同。《欧洲人权公约》第十条及其判例在统一欧洲的表达自由理论方面向前迈出了重要的一步，但其影响只能是缓慢发生的。在存在由国内法院对制定法进行的司法审查的地方，这种审查会发挥更为直接的影响作用。

第二种区别在于美国法律制度对在先约束（无论它采取什么形式）的坚决抵制。在某些特定情况下，通过法院禁令或行政机关 84 决定来压制写作的作法在许多欧洲国家是得到认可的；但在美国，这些手段通常被认为是与第一修正案相背而无效的。“来到这个法庭中的任何对表达实行在先约束的方式都蕴含着一种与其宪法有效性相抵触的预设”。[115]在 Pentagon Papers 一案中，[116] 政府试图禁止报纸披露一项关于美国对越南政策之机密研究的内容。最高法院宣布政府未能满足使这种在先约束合法化的举证责任。即使是法院禁止新闻界报道谋杀案被告的供认或其他“强烈暗示”被控告之事实的命令，也只有在明显地发现采取其他措施不足以保护被告接受公正审判的权利之时方可发出。[117]

宽容的限度

第三种区别涉及到与形式极端的政治言论有关的表达自由的限度问题。在这方面，美国与欧洲在文化与法律上的差异暴露无遗；尽管这种差异不总是显现在我们面前。像欧洲国家今天的法律一样，美国法律在 1917 年到 1920 年代后期并再次在 1950 年代曾经允许多种影响言论之内容的规则和限制存在；最高法院当时并不认为它们依照第一修正案是无效的。[118]今天的美国法律则差不多容忍任何种类的政治言论之自由表达。[119] 在“Skokie 案”中，上诉法院认为：对纳粹示威的禁止，哪怕是在一个居民中有“大屠杀”之幸存者的村庄中，也违反第一修正案。[120]

美国现今流行的关于极端形式的政治表达的态度背后有一种双重性的哲学。在经济自由主义与总体上的表达自由之间有一种明确陈述的类比。在 Abrams 案中，霍姆斯说道：

> 当人们认识到时间已经推翻了许多战斗性的信念时，他们可能会比相信自己行为的基础更加确信：人们渴望的终极之善可以通过观念的自由贸易来更好地达到，检验真理的最佳方式是思想在市场竞争中使自己获得认可的能力，而真理则是使人们的希望得以实现的唯一基石。这正是我们的宪法所持的理论。[121]

顺着这条思路，鲍威尔大法官在半个世纪之后写道：“第一修正案不认为有所谓的错误思想。不论一种观念看起来多么有害，它的正确性并不取决于法官和陪审团的良知，而是取决于它同其它观念的竞争。”[122] 人们还可以总结出美国思想中与这第一种因素有关的第二要素：那就是由来以久的对社会和历史的乐观主义信念。

我认为，一个社会不应当对任何形式的言论都简单地加以容忍；表达自由应该有一定的限度；对表达自由所作限制及其理由应当公诸于众并正当化。欧洲的哲学和态度与美国盛行的那一套有很大区别。在我看来，我们的社会最终依赖于基本的道德准则。它们之中最卓越的一条便是尊重个人的尊严与关怀少数派的权利。这些准则同妄图公然破坏它们的思潮进行的殊死搏

斗贯穿了整个 20 世纪。即便是在欧洲人不满于当前的政策或对他们社会的未来感到忧虑（就像他们现在采取的态度）时，他们也能清醒地意识到自己不希望什么、拒绝什么以及谁和什么是自己的敌人。

实际上，我们从亚历山大·比克尔——一位伟大的美国律师和思想家——那里得到了许多，因为他在美国道德准则的主要信念的形成过程中所提出的批评意见属于最佳的批评意见之列。针对为种族灭绝辩护或鼓吹种族隔离与驱逐某些少数民族的论调时，比克尔评论说：人们可能会提出两种理由中

> 的任何一个来说明可以允许这样的言论存在：一个是嘲讽性的理由，就是说这些言词无关紧要，它们不会使任何事情发生而且无聊透顶、不值一驳；另一个理由是布兰代斯大法官在 Whitney v.California 一案中提出来的，他认为：“讨论为反对对有害学说的区别对待提供了正常充分的保护。”第一条理由同第一修正案的意图是相矛盾的。如果言论无关紧要，我们也就可以压制它，因为它有时是一种骚扰。至于第二个理由，我们所经历的太多事情已使我们无法相信它。

他接着说：

> 不幸的是，令人难以接受的有害学说可能盛行起来，并且可能是得到最无知的支持而盛行起来的。霍姆斯对此深有感触，在 Gitlow 案的异议出：“雄辩可以使理性着火”。……根据他的看法，“如果无产阶级专政所表达的信念从长期来看终将为社会的统治力量所接受，那么言论自由的唯一含义就是：它们应当有自己的机会，并有自己的路。”

比克尔不同意这种观点：

> 我们说，如果从长期来看，种族灭绝的信念终将为社会的主导力量所接受，言论自由的唯一涵义仍是它应当有自己的机会和道路。我们能相信这种论断吗？我们能接受它吗？

我同意比克尔的这种观点：

> 的确存在口头暴力这样的东西。它是一种诅咒性、攻击性的言论，几乎相当于肉体上的侵犯和威胁，但它却因其假想性而不受惩罚……。这种言论构成了一种攻击。还有同样重要的一点，它可以创造出一种气氛、一种环境，在其中，从前不可能的行为和活动变得可能……当没有什么不能说时，便没有什么不能做了。［123］

这些洞见展示了对我们社会中言论的性质及其后果的深刻理解。它们体现了这个世纪的沧桑历程以及一种不太一样的社会哲学，可以被看作是代表了当代欧洲的主导观念。这可以说明为什么许多国家有团体诽谤法、有时还取缔极端分子团体或禁止它们从事某些活动，尽管美国最高法院在 Beauharnais v.Illinois［124］一案中对团体诽谤法的认可现在受到了质疑，它拒绝审查 Skokie 案则被认为是体现了美国现行法律。

毋庸置疑，Skokie 案若是发生在欧洲，便会得到不同的判决，并且是基于不同理由。法院的这项判决会令欧洲读者感到震惊，他们会奇怪那村子为什么不援引“公共秩序之需要”，而是在辩论中主要强调纳粹主义的“荒谬性”或集中于 Beauharnais 案的争论。当我们在欧洲读到比克尔所引用的那段霍姆斯法官的著名见解（“它们应当有自己的机会和自己的路”）以及梅克卓恩 1948 年的妙论（“这就是美利坚主义”），［125］我们的反应只能是：这不是欧洲的理论或现实。事实上，《欧洲人权公约》第 17 条便体现了欧洲人的法律态度。［126］

在大西洋两岸，我们是否都已进入了新的时代？最高法院自身是否越来越“致力于达到一种特定化的实用主义的平衡”？[127] 最近的判例[128]是显示出一种倒退，还是一种更小心的渐进？至少，美国的气候似乎发生了一些变化，在法院和整个国家都是如此，在这个领域中出现了对“绝对权利主张之维护”的抵制。[129]

在欧洲，司法审查与《欧洲人权公约》第 10 条之影响的结合正在产生显著和持久的效果。不管它自己有没有意识到这一点，斯特拉斯堡的欧洲人权法院也在权衡，正像它在一个又一个案件中所明确表达的那样，由此可见，欧洲表达自由制度中的主要因素与美国所发展出来的那一套并没有多大差别。毫无疑问，欧洲议会的 21 个成员国有比美国更多的法律和政治资源可以用来“抵制”这种新的潮流。但是，在 1787 年《美利坚合众国宪法》和 1789 年法国《人和公民权利宣言》诞生以来的两个世纪的漫长岁月中，风向的不时改变是无疑的。

注释

[1] 这部文集已广为人知，这里也无法摘要介绍。在 Roger Errera 和 JamesBeardsley 的 “The inflnence of U. S. constitutional Ideas on French Constitutional Thought and Practice” 一文中，我们可以看到对一些有关问题的讨论。该文是在由纽约市律师协会二百周年庆典组委会会同哥伦比亚大学和阿斯本人文研究院一道发起的一次公开讨论会（1985 年 5 月 9 日在纽约举行）首次露面的。

[2]历史学家们已经提出了多种解释。李维的解释最为出名，请见 Leonard L. Levy, Legacy of Suppression: Freedom of Speech and Press in Early American History (Cambridge, Mass.: Harvard University Press, 1960).他指出‘对于人们最初怎样理解第一修正案中‘国会不得制定法律……来削减言论或新闻自由’这一条文，我们所知甚少”（p.4）。李维认为立法过程和有关的讨论是十分简短而含糊的。Zechariah Chafee 持相似的观点，他提出：“我想，事实上起草者们自己对他们所称的‘言论或新闻自由’也没有一个明晰的概念。”参见他为 Alexander Meiklejohn 的 Free Speech and Its Relation to Self - Government (New York: Harper, 1948)一书所写的评论，发表在 Harv.L.Rev(1949）,62:891 上，并被收入 Robert G.McCloskey 编的 Essays in Constitutional Law (New York: Random House, 1957) 一书中 (pp.28l,290) 。参见米兰达的书评，载 S.Cal.L,Rev.(1961),vol.35,no.1.p.lll.

[3] Alexander Hamilton,Federalist Papers,no.84.

[4] Zechariah Chafee, Jr., Free Speech in the United States (Cambredge, Mass.: Harvard University Press, 1941).

[5] Soifer, “Freedom of the Pressin the United States”, in Pnina Lahaved., Press Law in Modern Democracies: A Comparative Study (New York and London:Longman,1985),p.84. 亦见：BennoC.Schmidt, Jr,. "Freedom of Expression in the United States", 这是提交给 1979 年在巴黎召开的“法国和美国的人权观”研讨会的论文，这次会议得到 Sterling

Currier 基金会和哥伦比亚大学人权研究中心的赞助。

[6] Alexis de Tocqueville, “De la démocratie en Amérique”, in Tocqueville, Oeuvres complètes (Paris: Gallimard, 1961), 1: 188; 英译本为 Democracy in America (New york: Random House,1981),p.191.

[7] Tocqueville, Democracy in America,pp.190,193.

[8] 同上书，pp.191,195。

[9] Edouard Laboulaye, Histoire des Etats-Unis. Troisiéme époqu: La Constitution des Etats - Unis, 1783－1789 (Paris:Charpentier,1870), pp.538－539.

[10] Emile Boutmy, Etudes de droit constitutionnel: France, Angleterre, Etats-Unis, 2ded.(Paris:A.Colin,1895),pp.94-95.

[11] 268 U.S.652(1925).

[12] Boutmy,Etudes,p.100.

[13]关于法国的新闻史，请参阅 C.Bellanger and F.Terrou,eds., Histoire générale de la Presse francaise, 5 vols. (Paris: U.F.,1969-1976),vol.1:Desorigines a 1814;vol.2:De 1815 a 1871; vol.3: De 1871à 1940; vol.4:De 1940 à1958;vol.5:De1958à1975。关于新闻法之演进，请参阅 C.A.Colliard, Libertés, 6th ed.(Paris:Dalloz, 1982), pp.522 — 531; J.Robert, Libertés publiques, 2ded. (Paris: Montchrestien, 1977), pp.440—444; J.Rivero, Leslibertés publiques, 3d ed.(Paris:P.U.F.,1983), 2:199 — 201.Pierre-Bloch 的 Libertéet servitude de la presseen France: Morceaux choisis (Monte-Carlo: Editions du Livre,1952)一书中选录有十八世纪末以来的一些政治性文件。托克维尔在其《回忆录》的第 11 章中也提到了 1848 年宪法的起草过程，不过他有意地漏掉了同基本原则有关的言论（n.l）。有关第二共和国的一般情况，请见 M.Agulhon 的 1848 ou l'apprentissagede la République, 1848 — 1852 (Paris: Editions du Seuil,1973);L.. Girard 的 La IIème République (Paris: Calmann-Lévy, 1968)。

[14] Pierre Paul Royer - Collard, De la liberté de la presse, Discours (Paris: Libraire de Médicis, 1949), PP.69,71.

[15] Alexis de Tocqueville, “Ecrits et discours politiques,” in Tocqueville, Oeuvres complétes, 3:180. Vol. 3, sec.2,p.180.

[16] A. Prevost - Paradol, La France nouvesse and Pages choisies, ed. P. Guiral (Paris’ Garnier, 1981), pp.226-227.

[17] F.R.de Chateaubriand, De la Monarchie selon la Charte, ch. 17.亦见他 1827 年演讲的手稿(未曾宣读),收入 Pierre-Bloch 的 Liberté et servitude, p.133。

[18] Benjamin Constant, “De la liberté chez les modernes,” in M.Gauchet, ed., Ecrits politiques (Paris: Librairie générale francaise, 1980, p.472.

[19]同上，p.473。

[20]同上， P.476。“如果没有新闻自由，一切公民的、政治的以至司法的保障都会变得虚幻不实”（p.477）。

[21]要了解法国宪法委员会及对法律的合宪性进行司法审查的制度在法

国的发展等情况，我向您特别推荐 Louis Favoreu 和 Loic Philip 的 Lesgrandes décisions du Conseil constitutionnel, 4th ed. (Paris: Sirey, 1986); 还有他们的 "Le Conseil constitutionnel", Pouvoirs (1980), vol. 13; D. Maus, ed., Textes et Documents sur la pratique institutionnele de la vème République, 2d ed. (Paris: La Documentation francaise, 1982); F. Luchaire, Le Conseil constitutionnel (Paris: Economica, 1980). 关于法国这方面的法律制度的情况，请参阅 A.T.von Mehren 和 J.R.Gordley 的 The Civil Law System, 2d ed.(Boston: Little Brown,1977)。要了解进一步的评论，请看 J.Beardsley 的 "The Constitutional Councel and Constitutional Liberties in France", American Journal of Comparative Law(1972),20:432 和他的 "Constitutional Review in ,Public Law(1978), 82:155。B. Genevois, La jurisprudence du Conseil constitutionnel (Paris: Editions S.T.H., 1988)。

[22] DecisionNo.64—27,March17—19, 1964, Recueil des décisions du Conseil constitutionel（以下简写为 Rec.）Rec.p.33.

[23] Decision No.82－141,July27,1982,Rec.,p.48.

[24] Decision No.84—81, October 10—11, 1984, Rec., P.78; L'actualité juridique: Droit administratif（此后简写为 AJDA）1984, note Bienvenu。亦见 J.C.Masclet, "La loi sur les entreprises de presse", 同上书，p.644; S. Hubac and J.E.Schoettl, "La situation des groupes depresse a la suite de la decision des 10 et 11 octobre 1984 du Conseil constitutionnel et de la promulgation de la loi du 23 octobre 1984", Revue de science criminelle, p.3(1985),以及宪法委员 1986 年裁决集(NO. 86210,July29,1986),Rec.,p.110。

[25]只有一份全国性的日报——L'Humananité——是属于一个党（共产党）的。1984 年法律已经考虑到了这一点。在关于设立一个委员会来监督这部法律之施行并规定其权力的条文中，它适时地提到了政党问题。请参阅这部法律的第 21 条，October 23, 1984, Journal officiel de la République francaise. Avis et Rapports du Conseil economique et Social (Paris: Impr. Des Journaux Officiels, 1984, 此后简称为 Journal Officiel) Octorber 24, 1984. P. 3323.

[26] Decision No.84—81,Para.37.

[27] In Palko v. Connecticut, 302 U.S. 319; 58 S. Ct. 149; 82 L. Ed. 288(1937).

[28] DecisionNo.84—81,Para.38.

[29] J. Bell, "The Protection of Fundamental Rights by the Conseil constitutionnel, 1977-1986", manuscript. 要了解一些实例，请参见 the Constitutional Council's Decision No.78—96, July 27, 1978, Rec., p.29。

[30] Thomas I. Emerson, The System of Freedom of Expression (New York: Random House,1970);Thomas I.Emerson,Toward a General Theory of the First Amendment (New York: Random House, 1966); Thomas I. Emerson, David Haber, and Noruan Dorsen, Political and Civil Rights in the

United States (Boston, Mass. And Toronto: Little Brown, 1967), ch. 1; L. Tribe, American Constitutional law (Mineola, n. Y.: Foundation Press, 1979), ch. 12, p. 576; G. Gunther, Constitutional Law: Cases and Materials, 9th ed. (Mineola, N.Y.: Foundation Press, 1975), chs. 12 and 13, pp. 1040ff.亦可参见:Eric Barendt, Freedon of Speech (Oxford: Charendon Press, 1985), ch. 1, pp. 1-36。

[31] J.M.Auby and R.Ducos - Ader, Droit de l'information, 2d ed. (Paris: Dalloz, 1962); R.Dumas, Le droit de l'information (Paris: P.U.F., 1981).

[32] Colliard, Libertés publiques; Robert, Libertés publiques; Rivero, Les Libertés publiques.

[33] MichelVilley 写道："法理学在我们国家遇到最多的敌视。我们的哲学家忽视它，他们在法律方面涉猎甚浅。而我们的法学家们则大多[对法理学]缺乏同情的了解。法国法学家被认为是法理学的特殊过敏者……整体文化传统相当薄弱的法国法律界不曾抵御仇视任何形式之'形而上学'的科学主义思潮，并接受了一种美国式的技术主义……我们的教育未曾着眼于基础。"Philosophie du droit,2ded.(Paris:Dalloz,1978),l:3—5.

[34] 参见:C.Attias, Epistémologie juridique (Paris: PUF, 1985),pp.32ff。

[35] H.L.A.Hart, "Positivism and the Separation of Law and Morals," Harv. L. Rev. (1958) 71: 593, reprinted in R. M. Dworkin, ed., The Philosophy of Law (Oxford:Oxford University Press, 1977), p.17, and in H. L. A. Hart, Essays in Juristrudence and Philosophy (Oxford: Clarendon Press, 1983); L. Fuller, "Positivism and Fidelity to Law: A Reply to Professor Hart," Harv. L. Rev. p. 630(1958), 71:630. 有关这方面的情况，请参见: C. Perelan, "Ce qu' une réflexion sur le droit peut apporter au philosophe," Archives de philosophie du droit 91962), 7:35。

[36]参见：A. Meiklejohn, "Free Speech and Its Relation to Self-Government," in Political Freedom: The Constiutional Powers of the People (New York: Harper, 1965) 以及他的 "The First Amendment Is and Absolute," Sup. Ct, Rev. (1961), p.245., reprinted in Philip B. Kurkland, ed., Free Speech and Association: The Supreme Court and the First Amendment (Chicago: University of Chicago Press, 1975)p.1。

[37]参见: Droits 1: Destin du droit de proprieté; 2: Les droits de l' homme; 3: La coutume; 4: Crises dands le droit; 5: Fin de la faute.

[38] Fred S. Siebert, Theodore Peterson, and Wilbur Schramm, Four Theories of the Press (Urbana: University of Illinois Press, 1963), ch.2, pp. 39ff; Emerson, Haber, and Dorsen, Political and Civil Rights in the United States, pp. 1ff; Tribe, American Constitutional Law, pp. 576ff; Gunther, Constitutional Law, pp. 1040ff; Emerson, The System of Freedom of Expression and Toward a General Theory, T.Scanlon, "A Theory of Freedom of Expression," Philosophy and Public Affairs (1972), 1(2): 204, reprinted in Dworkin, The Philosophy of Law, p. 153; Barendt,

Freedom of Speech, pp. 1ff.

[39] James Fitzjames Stephen, Liberty, Equality, Fraternity, ed. R.J.White (Cambridge: Cambridge University Press, 1967), ch. 2. 关于 Stephen,请参阅: A. Colaiaco, James Fitzjames Stephen and the crisis of Victorian Thought (London: Macmillan, 1983)。

[40] Williams Committee Report on Obscenity from :Report of the Committee on Obscenety and Film Censorship, (1979), Cmnd 7772 (London:H.M. Stationery Offi ce, 1979); 参 见 :A.W.B.Simpson, Pornography and Politics: The Williams Committee in Retrospect (London: Waterlow, 1983)。亦可参见:G.Robertson, Obscenity: An Account of CensorshipLaws and Their Enforcement in England and in Wales (London:Weidenfeld and Nicolson, 1979) , ch.2。

[41] Rapport de la Commission Presse-Justice(Paris, 1985).作者是该委员会主席。

[42] "La question des entreprises de presse," report by M.G.Vedel (经济与社会委员会), journal officiel;以及经济与社会委员会的报告, August7, 1979. Paris:La Documentation Francaise, 1979。

[43] Rapport de la Commission chargée d'étudier les problemes relatifs auxsociétés de redacteurs (Paris: La Documentation francaise, 1970).

[44] Royal Commission on the Press:Final Report, London: H.M.Stationery Office 1977, Cmnd 6810.

[45] Cf. R. Pinto, La liberté d'information et d'opinion en droit international (Paris:Economica, 1984), ch. 2, pp.125ff.要了解有关新闻出版的欧洲立法，参见：Council of Europe,Statutory Regulation and Self-Regulation of the Press(Strasbourg: Council of Europe 1982). 公约第 10 条已经被法国法院用于许多案件中。参见：G.Cohen-Jonathan et al., Droits de l' homme en France:Dix ans d'application de la Convention européene des droits de l'homme devant les juridictions judiciaires francaises (N.P. Engel,Strasbourg: Conncil ofEurope, Kehl and Arlington,1985), pp.9,42,87,158。

[46]参见:Handyside v.UK,December 7,1976,Series A,No.24,1 EHRR737, para.49,p.754。

[47]同上。

[48]同上。

[49]同上。

[50]参见:M.Bullinger, "Libertéd' expression et d'information; élémentessentiel de la democratie. "Council of Europe, Sixth International Meeting on the European Convention on Human Rights, Seville, November13—16, 1985, (Strasbourg, Council of Europe 1985),p.11.

[51] Sunday Times v. U.K., April26, 1979, Series A,No.30, 2EHRR245, para. 49, p.271.

[52]同上，p.281。

[53]同上。

[54]Handyside v.U.K.在另一个案子中，欧洲人权委员会认为英国当局收缴150，000份准备出口的淫秽刊物的举动并未违反公约。European Human Rights Commission, Application No. 9615/81 v. U. K., March 1983, 5 EHRR 591(1983).（以后凡引用该委员会裁决之处，均只简单地注明 application number。）

[55] Application No. 10343/83 v. Switzerland,6 EHRR367（1984）.

[56] Gay News Ltd.and Lemonv U.K.,May7,1982,5EHRR123（1983）.

[57]Lingens and Leitgens v. Austria, December 11, 1983, 4 EHRR 373 (1982).

[58] Lingens v. Austria, European Human Rights Commission, October 11, 1984; 7 EHRR 466 (1985); Court, July 8, 1986, 8 EHRR 407 (1986). 要了解可以同Lingens案相比较的美国判例，参见：D. Elder, "Freedom of Expression and the Law of Defamation: The American Approach to Problems Raised by the Lingens Case," I. C. L. Q. (1986), 35:891.

[59] Glimmerveen and Hagenbeck v. the Netherlands, October 11 1979, 4 EHRR 260 (1982).

[60]同上，p.267。

[61] Application No.9235/81v. Germany, July 16 1982, 29 D.and R.194.

[62] Sunday Times v.U.K.（参见前面的注[51]）

[63] 同上。

[64] 同上，摘要。

[65] 同上，p.280，Para.65。

[66] 同上，p.281，Para.66。

[67] A. Lester and D. Pannick, Advertising and Freedom of Expression, a joint opinion (with a foreword by Sir James Fawcett), International Chamber of Commerce, Marketing Commission, October 1984; 如果想要一份概述，请参见同一作者写的："Advertising and Freedom of Expression in Europe, "Pulbic Law (1985), P. 349; and Bullinger, "Libert Lingens v. Austria, European Human Rights Commission, October 11, 1984; 7 EHRR 466 (1985); Court, July 8, 1986, 8 EHRR 407 (1986). Lingens and Leitgens v.Austria,December11,1983,4EHRR373(1982). D'expression." 关于美国法：Kenton F. Machina, "Freedom of Expression in Commerce," Law and Philosophy (1984) 3:375; Tribe, American Constitutional Law, p. 651; C. E. Baker, "Commercial Speech: A Problem in the Theory of Freedom," lowa L. R. (1977), 62:1; A. Cox, Freedom of Expression (Cambridge, Mass. : Harvard University Press, 1981), pp. 32ff; Thomas Jackson and John Jeffries, Jr., "Commerical Speech: Economic Due Process and the First Amendment," Va. L. R. 1979), 65:1 还可参见：Barendt, Freedom of Speech,pp.54ff。

[68]425 U.S.748（1976）.法院从前的判例似乎暗示这种保护应当包括在内，因为此种活动系出于商业目的。Vallentine v. Chrestensen, 316U .S. 52 (1942).

[69] Linmark Associates v. Township of Willinboro, 431 U.S. 85(1977).91

[70] Ohralikv. Ohio State Bar, 436 U.S.447(1978).

[71]请将 Bates v. State Bar of Arizona, 433U.S.350(1977)案同 Ohralik v.Ohio State, Bar Association, 436 U.S. 447(1978),Inre Primus, 436 U.S. 412 (1978)，以及 InreR.M.J.,455U.S.191(1982)案作一般比较。

[72] X and Church of Scientology, May 3, 1979, Application No. 7805/77, Decisions and Reports 16, p.68; Xv. Sweden, Application 9664/82, 5E.H.R.R. 510(1983).

[73] Barthold v.Germany, SeriesA. No.90, 7 EHRR 383(1985).

[74]同上，pp.397—398，para.42。

[75]同上，p.398,para.42。

[76]同上，pp.407—408。Petti 法官所引用的美国判例是： Virginia State Board of Pharmacy v. Virginia Consumer Council, 425 U.S. 748 (1976); Bates v. Bar of Arizona, 433 U.S. 350 (1977); Central Hudson Gasand Electric Corporationv. Public Services Commission, 447 U.S. 557(1980)。

[77]一个英国事务律师（solicitor）曾向该委员会提出一项不服律协理事会禁止他作广告的决定的申诉。此项申诉由于未曾穷尽国内的救济方式而未被受理： X v. UK, July 16, 1981, Application No.8600/79, 44 EHHR 350.《事务律师从业规则汇编》（1936—1972）中的第一条规则要求：“事务律师不得通过如下途径来获得或招揽生意：……无正当理由地去做或者允许别人去做从其风格、频率或其它方面来看是在为其律师活动作广告的事情。” 1972 年 6 月 9 日通过的法国律师法第 90 条规定：“律师只能作旨在为公众提供必要信息的广告。达到这一目的的手段必须是个别性的，以使这一职业的尊严得到尊重。任何私下招揽顾客的行为都是不允许的。”

[78]这是 X and Church of Church of Scientology 中涉及到的问题；该案涉及一种叫作“E meter”的仪器的广告及其宣称的效能。参见：Pinto,LaLiberte d’information, pp.206—207。

[79] Central Hudson Gas and Electric Corporation v. Public Service Commission. 亦见 Posades de Puerto-Rico Associates v. Tourism Co.of Puerto-Rico, 106 S. Ct. 2968 (1986)及 Harv. L. Rev.(1986),100：172—182 中对其所作分析。

[80]参见：European Communities Commission, Television Without Frontiers: Green Paper on the Establishment of the Common Market for Broadcasting, Especially by Satellite and Cable (Brussels Commission of the European Communities, 1984), pp.48—49。

[81] New York Times v. Sullivan, 376 U.S. 254 (1964); 84S. Ct. 710; 11L. Ed. 2d 686(1964).H. Kalven, “The New York Times Case: ANote on the ‘Central Meaning of the First Amendment.’” Sup. Ct.Rev. (1964), p.191; A.Lewis, “New York Time sv.Sullivan Reconsidered: Time to Return to the Central Meaning of the First Amendment," Columbia L. R.(1983),83:603.

[82] New York Times v.Sullivan, p.270.

[83] Gertz v.Robert WelchInc.,418U.S.323,344(1974).

[84] New York Times v. Sullivan,p.270.

[85] 同上，p.283， n. 23。

[86] Curtis Publishing Co.v. Butts,388U.S.130(1967).

[87] Rosenbloom v.Metromedia. 403 U.S.29(1971).

[88] Gertz v. Robert Welch Inc.; Time Inc. v. Firestone, 424 U. S. 448 (1976); Hutachinson v. Proxmire, 443 U. S. 111 (1979); Wolston v. Reader's Digest Association Inc., 443 U. S. 157(1979)

[89] 441 U.S. 153(1979).

[90] A.Cox,Freedom of Expression, p.66.亦可参见他在"Punitive Damages and Libel Law," Note, Harv. L. Rev. (1985), 98：847 中对损害赔偿的研究。

[91] Soifer, "Freedom of the Press," p.103.

[92] Sharon v. Time, 599 F.Supp.538 (S.D.N.Y.1984); Westmoreland v.CBS, 596 F.Supp.1170.(1984－S.D.N.Y)陪审团认定《时代》上面关于Sharon 的文章是虚假的，但它并非不计后果地无视事实真相。Westmoreland 在审判期间撤回了他的起诉。CBS 发表了一份声明，宣布该广播网的意思并不是暗示 Westmoreland 将军曾有过不爱国的或不忠的行为。关于这两个案子，请参见： R.Adler, Reckless Disregard: Westmoreland v. CBS et al., Sharon v. Time (New York: Knopf, 1986)以及 R. Dworkin 的书评"The Presson Trial," New York Review of Books, February 26, 1987。

[93] G. Robertson and A. G.L.Nicol, MediaLaw: The Rights of Journalists and Broadcasters (London: Longman, 1984),p.51.

[94] Report of the Committee on Defamation (Franks committee), Cmnd5909, H. M. Stationery Office, London, 1975, p.53, para. 211.

[95]同上，para.215。

[96]同上，pp.54—55。

[97]同上，p.54, para.212。

[98] Memorandum of Harold R. Medina, Jr., Counsel for Time-Life and Fortune, 同上，pp.166—169, paras.603—617。

[99] 参见：Otto Kahn - Freund, Claudine Lévy, and Bernard Rudden, A Source Book on French Law, 2d ed., with a preface by Andre Tunc (Oxford: Clarendon Press, 1979), p. 270.

[100] 参见 1881 年新闻法第 30、31 和 32 条。

[101]New York Times v. Jascalevich, 439 U. S. 1301 (1978). In re Farber, 78 N.J. 259; 394 A. 2d 330; cert. Denied, 439 U. S. 997 (1978).这引发了一场生动的辩论。参见为新闻从业人员之特权所作证词，Hearings Before the Subcommittee on Constitutional Rights of the Committee on the Judiciary, U. S. Senate, 93d Cong., February 20, 21, 22, and 27, March 13 - 14, 1973 (Washington, D. C.: Government Printing Office, 1973); P. Stevwart, "Or of the Press," Hastings L. J. (1975) 26: 631; A. Lewis, "A Preferred Position for Journalism," Hofstra L. R. (1979) 7:595; R. Dworkin, "The Farber Case: Reporters and Informers" and "Is the Press Losing the First Amendment,": both in A Matter of Principle

(Cambridge, Mass: Harvard University Press, 1985), pp. 373 and 381, respectively.亦见 Soifer, "Freedom of the Press," p.114。

[102] 参见：Soifer, "Freedom of the Press," p.132,n.212。

[103] Rapport de la Commission Presse-Justice,pp.143ff.

[104] Inre Farber; Branzburg v. Hayes, 408 U.S. 665(1972).关于这一主题，请参见： L. Hugheney, " Le scret professionnel des journalistes," Revue penitentiaire (1924), p. 2; E.Derieux, "Secret professionnel du journaliste," La Croix, December 16, 1982, E. Derieux," Lesecretprofessionnel du journaliste," Trimedia (summer 1979),p. 18; G. Memeteau, "La question du secret professionnel du journaliste," Gazette du Palais (1974) ,I.97。

[105] 关于英国的情况,请参见：Barendt, Freedom of Speech, pp.73ff; Robertson and Nicol, MediaLaw, p. 123。

[106] Text in Criminal Law Statutes, advisoryed. I. H. Dennis (London: Sweet and Maxwell, 1982), p.129.

[107] Secretary of Defense v. Guardian Newspaper Ltd.(United Kingdom,)3 WLR 986. All England L.R.,p.601.上诉法院的判决发表于 Times Law Report,December17,1983.要找对《蔑视法庭法》（1981）第 10 条的批判性评价，请参见： Y. Cripps, "Judicial Proceedings and Refusals to Disclose the Identity of Sources of Information," Cambridge L.J.(1984),43:266。

[108] Zurcherv. Stanford Daily, 436 U.S. 547 (1978).

[109] "Sleuths in the Newsroom," The Economist, June 10,1978.

[110] 42 USC 2000a, 94S tat.1879 (1980).要了解对这种保护之根据的批评，请参见 Lewis, "A Preferred Position";以及他的"Press Bill Strikes a Blow for Liberty," New York Times, December 12, 1978。

[111] Michael Zander, The Policeand Criminal Evidence Act 1984 (London:Sweet and Maxwell,1985);书中有该法律的条文、活动规程和行为准则（可参见 p.22）。

[l12] 同上，p.33。

[113] Rapport de la Commission Presse-Justice.

[114] 参见：Chafee, Free Speechin the United States; F. Castberg, Freedom of Speech in the West (Oslo: Oslo University Press; London: Allen and Unwin, 1960).part2。

[115] Bantam Books, Inc. v. Sullivan, 372 U. S. 58, 70 (1963), quoted in New York Times v. United States. 403 U.S. 713, 714(1971)（法院意见）.

[116] New York Times v. United States,p.713.

[117] 否则，这种命令就具有违宪的含糊性。 Nebraska Press Association v. Stuart, 427 U.S.539(1976).

[118] Abrams v.United States,250U.S.616(1919).

[119] 最高法院最终从是否具有鼓动性上区分了说明和提倡。只有"鼓动即将发生的不法行动"者才受到禁止和处罚。Brandenburg v. Ohio,395 U. S. 444(1969).亦可参见：Hess v.Indiana, 414 U.S.105(1973)。

[120] Collin v. Smith, 578F. 2d 1197 (7th Cir.1978); cert. denied, 439 U.S. 916(1978).参见：A. Neier, Defending My Enemy: American Nazis, the Skokie Case and the risks of Freedom (New York: Dutton, 1979); Donald A. Downs, “Skokie Revisited: Hate Group Speech and the First Amendment,” Notre Dame L. Rev. (1985), 60: 628; and Donald A. Downs, Nazis in Skokie: Freedom, Community and the First Amendment (Notre Dame, Ind.: University of Notre Dame Press, 1986).

[121] Abrams v. United States,p.630 Justice Holmes dissenting（着重号为引者所加）。

[122] New York Times v.Sullivan, pp.339—340（着重号为引者所加）。

[123] A. Bickel, The Morality of Consent (New Haven, Conn.: Yale University Press,1976),pp.71—73（着重号为引者所加）。关于 Bickel, 请参见： Anthony T. Kronman, “Alexander Bickel’s Philosophy of Prudence.” YaleL.J.(1985),94：1567。

[124] 343 U.S. 250(1952).大多数欧洲国家都批准了《反对一切形式的种族歧视国际公约》（1966）。该公约第 4 条（A）项规定：国家党派“若散布基于种族优越感或仇视的思想、鼓动针对其他肤色或人种之种族或群体的行动，就应依法被判定有罪。”1972 年 7 月 1 日的法国法律便是这一条款的直接应用。

[125] Cox. Freedom of Expression,p.33.

[126] 第 17 条规定：“本公约中的任何文字均不得被解释成含有任何国家、团体或个人有权从事或实施任何旨在损害这里所列出的任何一种权利和自由或对它们加以超过本公约规定之限度的限制的活动或行为的意思。”

[127] Cox, Freedom of Expression, p. 33.

[128] Snepp v.U.S., 444 U.S. 507(1980); U.S.v. Marchetti, 466 F 2d 1309 (1972).请对比: Haig v. Agee, 453 U.S.280(1981)。

[129] Bickel, The Morality of Consent, p.88.

四 美国和印度的平等问题

索利·J.索拉布吉

为自由而斗争：印度独立前美国的影响

1947 年 8 月 15 日，印度完成了“与命运的约会”，取得了独立，这标志着漫长的反对英国殖民统治的斗争的结束。

美国人民反英独立战争树立的榜样，《独立宣言》高尚的思想，激烈的言辞，对印度的民族主义思潮产生了巨大的影响。[1]早在 1895 年，一位早期的自由战士，洛克曼雅·蒂拉克就提出要用宪法保障基本人权。1925 年，《安妮·贝赞特印度联邦法案》又重申了这一点。这个法案是乔治·兰斯伯里和其它工党成员在众议院中提出的。（安妮·贝赞特是印度独立的强有力的支持者，一度曾出任国大党主席。）

伯肯黑德勋爵是主管印度事务的国务大臣，他不相信民族主义领导能设计出一部为全国各阶层、各团体接受的宪法。1928 年莫蒂拉·尼赫鲁委员会的报告就是对这种怀疑的答复。报告所宣称的“基本权利”显然受到了美国宪法和人权法案的影响。其中人身保护状与美国宪法中相应的规定非常类似。但是印度制定法委员会（更流行的称呼是西蒙委员会）拒绝了印度人的建议，理由是抽象的宣言没有用，除非有意愿有办法把它付诸实施。[2]

第二次世界大战的爆发极大地左右了印度的政治进程，《大西洋宪章》及其它支持被压迫民族获得自由的宣言鼓舞了印度人民对于独立的渴望，但大英帝国却以战事紧迫以及日本人在马来半岛和缅甸的闪电进攻和占领造成的恐慌为由一再拖延。不过印度领袖并没有要求英国在战争期间马上撤出，或在战争期间让印度完全自治。他们只要求英国不再含糊其辞，明确承认印度的自由要求，并且战争期间总督应在现行宪法架构内组建由各党派代表组成的全国政府。

英国首相温斯顿·邱吉尔和战时总督林利思戈勋爵都不同意这个建议，除了坚持认为任何对印度的妥协退让都会严重损害抗战外，英国人还说印度国大党主要是一个印度教的团体组织，并不具有全民族性，少数民族特别是穆斯林的利益在这个组织下不会得到保证。总督一再把保护少数民族的需要作为英国在印度政策的理由。

罗斯福总统派往印度的特使威廉·菲利普斯 1943 年 4 月写信给罗斯福，说他对邱吉尔和印度总督的态度很失望，他建议美国应该引导印度政治领导人“向全世界表明他们有足够的聪明才智解决自治问题。我们不必假设他们会采取美国或英国的制度，考虑到保护少数民族的重要性，多数派式的政府可能不合适，或许联合是确保印度国内和谐的唯一可行的办法。”[3]菲利普斯这里特别提到少数民族，对后来印度宪法（第 25、29、30 条）规定保证少数民族享有宗教、语言、文化自由以及自主组建、管理教育机构的权利，还是有一定的作用的。

随着战事推进，英国在印度自治问题上的态度越来越强硬。但印度的领袖们却毫不气馁，整个战争期间到战争结束后一直强烈要求自治。在他们的

考虑和计划中，时常提及美国的宪法经验。1945 年发表的“萨普鲁委员会”报告中就有关于美国宪政制度的长篇大论。

发生在印度的事件，以及大英帝国政府的变动，导致了印度政治形势的深远变化。印度完全自治的要求最终得到了满足。1946 年 12 月 9 日，制宪会议召开，打算制定自由印度的宪法。S.辛哈博士，法学家，制宪会议中最为年长的成员，担任大会的临时主席。在就职演说中，辛哈博士谈到，美国宪法就是在一系列合意和妥协的基础上达成的；他说这种方法对制定印度这样的国家的宪法特别适用。他敦促制宪会议成员对美国宪法的规定多加留意。辛哈博士说他不喜欢全盘接受。他建议时刻想着印度特殊的政治、经济、社会状况，对其加以明智的改动。辛哈博士援引了大量的门罗、布赖斯、斯托里等人关于美国宪法的论述。[4]

1946 年 12 月 13 日，贾瓦哈拉尔·尼赫鲁在制宪会议中提出《目标和目的议案》。[5]他解释说这一议案涉及一些毋庸置疑的基本问题，并宣布“这不仅是一个议案，毋宁说它是一则宣言，一个决议，一份保证，一则誓约。我希望它是给我们大家的一条献辞。”[6]《目标和目的议案》的内容和精神（它真实地反映了印度宪法哲学）与美国《独立宣言》（美国宪法的思想基础）的高调何其相似乃尔！特别是托马斯·杰斐逊对平等的强调，在尼赫鲁的《目标和目的议案》中可谓找到了知音。印度宪法关于平等及保护少数民族的规定是这一议案的合乎逻辑的结果。

显而易见，美国法制理想如水银泻地般的影响从印度宪法制定伊始就开始发挥作用；通过印度这个管道，又影响到其它发展中社会。“好的思想和美酒佳酿不一样，它总是跑来跑去，迂回绕道时更是这样。”[7]

印度宪法的制定：美国的影响

美国宪法，尤其是人权宣言的基本哲理及指导原则，对印度宪法的制定影响极大。第一个要学习的榜样就是美国以成文宪法保护基本人权的经验。尼赫鲁 1949 年 10 月 14 日在美国国会的演讲中承认,在印度宪法的制订过程中，“我们受贵国宪法的影响特大。”宪法顾问 B.N.劳从 1947 年 10 月 26 日至 12 月 2 日访问了美、加、爱尔兰和英国，与各国名流及宪法专家切磋。在美国，他会晤了杜鲁门总统，大法官文森，前任大法官休斯，最高法院法官弗兰克福特、伯顿、墨菲以及纽约巡回上诉法院法官勒尼德·汉德等人。[8]

与美国法律名流的会面在印度宪法的若干条文上留下了不可忽视的影响。弗兰克福特法官认为，美国最高法院对宪法第五及第十四修正案“正当程序条款”的解释，特别是“实质性正当程序”理论的发展，很不民主，曾经导致法院废除了一些福利性社会经济立法。弗兰克福特的这个思想使得印度宪法草案作出了重大改动。[9]原来的条文是“非经法律的正当程序，不得剥夺任何人的生命和人身自由。”后改为“除根据法定程序，不得剥夺任何人的生命和人身自由。”[10]修改后的条文排除了实质性正当程序，但没有否认程序上的保护。当然这也不是制宪元勋们的原意。然而很不幸，印度最高法院早期的一个判决中，把这句话理解成宪法只要求制定程序法，而不愿把自然正义原则注入程序之中。[11]差不多三十年之后，最高法院才推翻了先前这个判决，认为程序也必须经过合理性和公正性检验，异想天开、专横

武断的程序根本就不是程序。[12]最高法院后来的裁决强调了程序公正——这正是弗兰克福特法官思想和著作的突出特色。

到 1949 年 11 月 26 日宪法通过,制宪会议差不多用了近三年时间致力于一项富有挑战性的任务：制定一部符合印度的特殊需要与条件的宪法。印度宪法篇幅之长实为世界之最。用格兰维尔·奥斯丁的话说，这“或许是 1787 年费城发端以来最大的一次政治冒险。”[13]

在宪法制订过程中，世界上所有已知的宪法文本都搜罗来了。B.R.安贝德卡博士[14]是印度宪法的主要设计者之一，他对制宪会议说，借鉴没有什么可害臊的，因为对宪法的基本思想谁也没有专利权。基本权利是“宪法中遭到批判最多的部分”[15]，制宪会议曾就这个问题进行了长达三十八天的、广泛而热烈的辩论。最后，一大堆覆盖面甚广的基本人权终于通过，规定在宪法的第三部分中（见附录 1）。

印度宪法和美国宪法的序言中都将这一思想奉为神明：即“人民”是一切主权最终的基础和源泉。两者都指出了个人和人格发展的重要性；[16]这两部宪法都承诺保障个人权利；都认为没有什么自由是绝对的；都有司法审查制度。在美国通过对某些保障规定的司法解释，用绝对词句表达的自由权利得到了限制。印度宪法则明确规定了限制的理由；每一项自由都可能为法律所限制，只要法律是为大众利益制定的，而限制也不能太不相称或不合情理。

当然，区别也是显著的。在对政府的蓝图设计上，印度宪法更接近于威斯敏斯特模式，而不是总统制。印度总统和英国国王一样，根据内阁建议而行事，不像美国总统那样独享大权。“是泰晤士河而不是波托马克河滋润了亚穆纳河的滔滔流水”[①][17]，印度各邦权柄来源于宪法，而美国则先有各州政府再有全国政府。印度宪法宏篇大制，反映了二十世纪的社会经济目标；美国宪法则简明扼要，是十八世纪有限政府概念的产物。美国宪法中除了人身保护令可以在“叛乱或外敌入侵的情况下出于公共安全需要时”（第一条，第 9 款第 2 句）暂停使用外，没有一条规定中止基本权利之保障。印度宪法却规定战争、外敌入侵或武装叛乱威胁国家安全时，可以“宣告紧急状态”。除了一些不可减损的权利，如不受溯及既往之刑律、一罪二审、自证其罪之侵害的权利，以及宪法第 21 条保证的生命和人身自由外，“紧急状态宣告”允许中止基本权利。[18]

在对具体权利的保护上，两国宪法也有区别。美国宪法是通过正当程序条款和“征用”条款（第五修正案）来保护财产权利的，而印度宪法一开始就将其作为基本人权来保护，不过这一保障已经被 1978 年宪法法案（第 44 修正案）删除了。现在财产权的唯一保护在第 300-A 条，此条规定“除以法定之权威外，不得剥夺任何人的财产。”关于宗教，印度宪法规定国家资助的教育机构中，可自由参加宗教训导和宗教礼拜，并保证公民可以不为促进某一教派而交税，但没有“建立”条款，更没有像美国那样的广泛意蕴。

印度宪法第四部分有一个“国家政策的指导原则”，这个概念取自 1937 年爱尔兰宪法。这些原则阐明印度作为一个福利国家将要实现的理想和目标，像免费义务教育，工作的权利和改善生活水平的权利，都是些美国宪法从未涉猎过的题目。据印度宪法第 37 条，这些权利并不由法院直接实施，但

[①] 这三条河分别在英、美、印。——译者注

由于其“ 在国家治理中至关重要，国家有义务在制定法律时适用这些原则 ”。因此宪法要求国家为人民提供美好生活。这个概念在美国尚未获得宪法规范那样的尊贵，美国是一个福利国家，“ 不是根据宪法指示而是出于国会和州立法机关的恩典。 ”[19]

印度宪法是一个社会文件，其目标是把一个封建的等级社会改造成为一个平等的社会。宪法条文想要推进社会革命的目标，这个词‘ 不会吓着我们 ”，后来做过印度总统的萨尔瓦利 · 拉达克里希南博士，1954 年向美国参议院郑重宣告：“ 它并不意味着街垒和喋血，它只表示迅猛的变化。我们感兴趣的不光是目标，还有达到目标的手段，不光是我们会达到什么，还有我们将如何达到。 ”[20]印度宪法中关于平等的规定则既是目的自身，又是达到想象中的崭新社会秩序的手段。

平等：美国和印度的认知

“ 人人生而平等 ”是美国《独立宣言》揭示的第一个“ 不言自明的真理 ”。这并不是对一种事实状态的描述，因为《独立宣言》的作者在这里“ 并不是断言人人那时都真正享有那种平等——这显而易见是不真实的。 ”[21]它想阐明的无非是一条高尚的道德原则：每个人，不管他或她的出身如何和财产多少，都是“ 平等的……都拥有一些不可剥夺的权利，其中包括生命、自由和追求幸福的权利。 ”[22]独立宣言作者“ 不过是宣布这些权利，只要环境允许后马上可以着手实施。 ”[23]

印度宪法序言里也表述了同样的平等理念。它保证地位和机会平等，并反映在宪法有关平等的规定中，其中有些条款还责成国家采取肯定性措施消除不平等，并创造机会，以使基本权利能得到有意义的行使。

美国和印度都是多种族的民主社会。美国在种族冲突和种族紧张方面有痛苦的经历。和《独立宣言》不同，美国宪法最初没有对平等作出承诺，《人权法案》也未在法律的平等保护方面提供保障。打了一场南北战争，平等才进入美国宪法。第十三、十四、十五修正案随着内战结束而加入，平等获得宪法地位。第十三修正案废除了奴隶制，是普遍适用的，但是第十四、十五修正案只对各州适用，而且即便是各州，也只着眼于政府事务不涉及私人行为。结果远未能使种族之间达到完全平等。这之后整整费了八十五年的光阴，第十四修正案的平等保护条款也适用于联邦政府才得到坚定地承认。

在美国，对平等权的保护是随着种族问题和再往后两性问题的发展而发展的。平等的概念和范围进展缓慢。差不多有一个世纪之久，平等竟然不包括取消种族隔离，也不禁止那些陈腐的性别上的区别，不包括平等的投票权。采取肯定性行为以补偿长期歧视的后果，仍有争议而且有限。

宗教和种姓（而不是种族）之间的冲突，是印度独立以前社会关系紧张的主要原因。印度自由后这些冲突并没有停歇，最顽固最普遍的社会丑恶是种姓歧视。“ 国父 ”甘地曾梦想一个“ 没有高等级和低等级之分 ”的印度，“ 在这个印度将不再有对不可接触者①的诅咒。 ”[24]没有人比安贝德卡博士——他本人就是一个“ 不可接触者 ”——更了解无时无刻的社会和经济不平等带来的痛苦和耻辱。在制宪会议的辩论中，他激动地警告说，倘若这种不

① 又译贱民。——译者

平等不趁早解除，“那些遭受不平等的人就会起来打碎制宪会议好不容易才建立起来的政治民主结构。”[25]

历史的教训和自身经历使印度宪法的制订者逐渐确信，在印度这样曾经大规模地、无情地实行过歧视的国家，除非制定有效的法律条文保护人们免受歧视并积极推进平等，否则什么基本权利都将毫无意义。难怪“印度把平等作为首要价值，以对抗一种精细复杂、备受重视、人人烂熟于胸的不平等背景。其用于抵销这类不平等的宪法政策是出于对这种日积月累、根深蒂固的团体不平等的深刻体认。”[26]

美国和印度宪法都保障人人能够获得“法律的平等保护。”美国宪法将此规定在第十四修正案第一款的最后一句。[27]印度宪法第十四条第二款的用语跟美国宪法一模一样。同美国宪法一样，这种保障对本国公民和非本国公民同等适用。从一开始美国“平等保护”条款就被认为意味着法律本身应当是平等的，法律的平等保护是法律平等性的保证。印度宪法第十四条有“法律面前的平等”这样的表述，这就清楚完整表达了平等保障的含义。

法律面前人人平等是英国宪法制度基本特色之一。法律面前的平等一般是指国家法律应该不偏不倚、不加分别地对所有人施行。这是一项原则，任何人、任何阶级都不能高于法律，或不受法律约束，法院和裁判机构独立地维护人权，判处适当的处罚。

印度宪法进一步规定禁止各种宗教、种族、种姓、性别、出生地和血统上的歧视。[28]宪法草案中删去了肤色歧视，尽管《印度政府条例》（1935年）第 298 条特别规定肤色歧视非法。[29]

印度宪法采取的下一个重大步骤是美国宪法没有的，那就是增添一些特别规定（第 15 条之（3）、（4）；第 16 条之（4），允许对妇女儿童、表列种姓和表列部落、“落后”阶层及公民以保护性、补偿性的区别对待。表列种姓和表列部落是印度社会数百年来歧视制度的牺牲者。表列种姓即印度的不可接触者，世界上最受蹂躏和压迫的少数者之一。[30]

美国和印度宪法中的平等观都准许政府对那些处于不平等境况的人给予不均等的待遇，就像这种平等观也要求对境况平等者一视同仁一样。在某些情况下，对资源、资格、资质明显不一的人，不计他们之间切身的差别，一律给予同等待遇，反而是一种歧视。[31]对有云泥之别的人一视同仁是一种微妙的不正义。“不顾现实情况而空谈平等对待既不正义，也是对宪法原则的不忠。”[32]

“形式平等”实际上极不公平——阿纳托尔·法朗士对那些禁止穷人和富人乞于街市、宿于桥下的堂而皇之的法律平等的辛辣嘲讽是一个生动的写照。印度对“形式平等”的拒绝，可以使它最终导向有效地反对实质上的不平等。印度的宪法目标强调真正的平等，那就不光是权利上或理论上的平等，还包括机会平等，这就要求起码满足缺乏手段和能力的人的基本生存需要。[33]不过把这些目标宣言变成司法上可强制执行的命令还只是最近的事。

对法律的平等保护的承诺，加上“国家政策指导原则”作为采取肯定性行动保护、提高印度社会中的“弱者”[34]地位的指令，成为印度宪法的一大特色。印度最高法院全心全意遵照宪法的指令行事，通过扩大解释，使得某些基本经济人权也像基本权利那样可以实行了。[35]

印度承诺经济社会权利和减少经济和社会不平等，并不是美国宪法思想的反映。美国宪法对经济和社会平等很少具体保护。在美国，“免于匮乏的

自由并不是一项宪法权利。”[36]不过美国宪法允许政府采取措施供应穷人的基本生存需要，以此作为“普遍福利”的一部分，而为了普遍福利是可以征税和开销的。尽管联邦政府和州政府多年来制订了名目繁多的社会立法，但大部分都是保护其权益低于一般水平的人的；富兰克林·罗斯福总统新政时期是一个转折点。在此以后，政府有责任为需要援手者提供帮助的思想成为牢固树立的国家精神，而最高法院也随之清除了政府在承担此种责任的道路上的种种障碍。

对平等的解释：
美国最高法院的影响

“高贵的思想，从四面八方来吧！”——印度宪法的制订者正是怀着这种吠陀祈祷者的精神，寻求世界各国宪法的指导；也正是在这种精神的指引下，印度最高法院毫无障碍地把英国法院和英联邦法院的判决，英国枢密院的意见，美国最高法院的判例统统拿来，为我所用。鉴于印度宪法和美国宪法规定的基本权利相似之处甚多，且两国都实行司法审查制度，印度各高等法院和最高法院在其早期的涉及平等规定的判决中，对美国先例多有依赖。[37]在印度最高法院的法官们看来，美国最高法院就平等问题宣布的一般原则“对这个问题帮助、指引甚大”，适用美国最高法院的判例，他们“不会把与（印度）宪法异质的原则掺进来”。[38]

有个问题印度最高法院采取了美国最高法院的观点：如果行政行为所根据的制定法本身并不具有歧视性，但该行为却“用心险恶，手段不公，在情况相似的人们中间实际造成了不公平、不合法的歧视后果”，[39]那它也可能违反平等条款。

还有一个牵扯到性别歧视的重大问题的判决中，印度最高法院也参考了美国案例，但[40]有意思的是，他们没有采纳多数意见，却同意布伦南、马歇尔、斯蒂文斯法官的异议意见。

美国最高法院在维护反歧视制定法的合宪性的一系列意义非凡的判决（如 Heart of Atlanta Motelv. United States[41]案、South Carolina v. Katzenbach[42]案）中所采用的原则和方法，以及美国法院在歧视问题上扩大州行为范围的作法，对印度司法界影响甚大。 Sukhdev Singhv.BhagatRam[43]一案，印度邦行为问题上的里程碑式的判决，最高法院法官马修的判决意见就对美国判例作了详尽的引用。

印度法院寻找的是“其背景中的原则，而不是为合乎我们条件而借用”。[44]随着自家宪法判例的增多与发展，对美国法院判决的依赖逐渐减少。但是在引用的外国判例中，美国最高法院的判决仍然是最多的。[45]

平等的进程：
美国和印度的不同道路

美、印两国，都想实现卡多佐法官所表述的那个理想：法律应当视人类为一个平等者组成的社会。

先前，美国法院一般都遵循立法分类，并把“合理基础”作为审查标准，这使得司法审查在理论上无足轻重，在实践上也无从谈起。不过，在过去几

十年中沃伦法院发展了一种“新型平等保护”。103 倘若最高法院断定有“可疑分类”[46]（以种族、宗教或出于种种目的，以国籍为分类基准），或者制定法上的分类影响到宪法保障的“基本权利”——特别是有关刑事诉讼程序、隐私（比如生育）或选举方面的权利——就需要进行“严格审查”。分类只有在服务于重大的国家利益时才能被准许，而严格审查事实上几乎是致命的。

印度最高法院对涉及歧视的案件总是特别对待，有时也说明对特定利益另眼相看的理由，但未形成全面的审查原则。[47]涉及不同价值的问题要适用不同的审查标准。马修法官于 1974 年指出这一点：“调整经济活动的法律和涉及言论自由、宗教自由、选举、生育、以及刑事程序中的权利的法律应当区别对待。”[48]但是法院一般仍将合理基础作为审查标准，表述为：分类必须建立在一种明白区分的基础上，这种区别把组成一个群体的人和事物与那些处于群体之外的人和事物区分了开来；而且这种区别与想要达到的目的之间必须有合理的关系。分类如果不是明显地具有歧视性就能被视为正当，认为有歧视的一方负有举证责任。[49]也有司法异议的呼声——荒野中无人注意的呼声——反对对打擦边球的合理分类过分宽容，因为这种分类一扩展，“就会破坏甚至可能淹没来之不易的平等保障。”[50]

美、印两国在牵涉到平等保护问题的案件上之所以作法不一，原因之一是两国的不平等问题及对此问题的认识不一样。印度的歧视渊源并不是渗入了男性或白人多数有意识的偏见的邦立法。印度这种恶劣的歧视系从宗教‘属人法”及风俗习惯而来。美国许多州法渗透了种族或性别歧视，而且一般都经受住了多年来基于平等保护条款的抨击。这种令人不快的事情现在差不多一去不复返了。但在有些情况下，当前的不平等仍是历史上官方歧视所遗。

近年来，印度的平等保护对全面保护个人权利非常重要。印度法官最为革新之处是把平等概念的适用范围推广到行政法中。伯克的名言，“法律和独断专行势不两立”对印度的司法思想之影响深而且广。它导致了“专断缺席”理论的出现。这个理论的种子是苏巴·劳法官 1967 年种下的，他警告说：“官府的专断对平等原则的破坏比制定法上的歧视有过之而无不及。对于制定法上的歧视，人们还知道自己身处何境，但官家专断的权杖却可以不分青红皂白地随便乱舞。”[51]

在 Royappa 这一里程碑式的判决中，印度最高法院宣布“平等和专断是不共戴天之敌。”[52]随着这次司法对专断的宣战，平等在印度开始稳步向前。Royappa 一案的判决被解释为系指专断行为本身就是对宪法第十四条的违反。从而政府任何不合理的、任意的、专横的行为或决定——这是一种致命的检验方式——都会因违宪被推翻。显而易见，“正当程序”还是拐了个弯悄无声息地溜进了印度宪法关于平等的规定的后门。

美、印两国宪法中平等保护只适用政府（州、邦或联邦）行为。[53]在美国这已成为成法：“第十四修正案第一款所禁止的只是那些可适当地说是国家行为的行为。私人行为即便是歧视性的或不公正的，本修正案也无能为力。”[54]在美国，国家行为与纯粹私人行为两不相干。但是，一旦政府鼓励或政府本身卷入私人活动，法院就将其视为国家行为。通常的检验是看在被告发的活动中“国家介入”是否“重大”。各个案件本身的事实和案件发生的具体环境不同，适用的标准也不一样。

受美国案例的影响，印度宪法中的平等条款，和美国宪法一样，适用于

所有国家行为。这一条甚至扩展到国家的商务活动中；既然国家有权利进行贸易，它就有义务遵守平等原则。普通人可以随便选择跟谁做生意，跟谁不做，但政府却不能挑挑拣拣歧视性地把某人排除在外。[55]政府保护和补助一直是歧视的潜在源泉。因此在特许问题上，国家也要尊重平等条款的要求。政府的每个行为都应该跟专横任意不沾边。无论这权力行使是影响一项权利，还是收回一项特权，都是如此。[56]

在印度，国家行为不包括不在宪法第 12 条“ 国家 ” 定义范围内的人员的所做所为。[57]印度司法机关的态度和美国法院所采取的大体类似。法官要探究其行为有歧视嫌疑的公司或单位是否能看成是政府的代理或媒介。如果该公司或单位法人的面纱后面原来是政府在操纵，履行的是政府的重要公共职能，就可以说其行为是国家行为，在宪法第十四条涉及范围之内。马修法官认为：“ 从事具有高度公共利益活动或履行公共职能之机关，因该职能之性质所致，为政府部门。对于社会来说不可缺少、关系重大（根据定义）之活动，不能不视之为政府的职能。 ”[58]注意到美国司法判决的潮流所向，马修评论道：“ 下一步将是把私立行政机构也拉入这一国家行为的帐幕之下。 ”[59]

印度扩大司法解释的结果是，“ 国家 ” 被认为包括所有法定机构和法定公司，像保险公司、国有银行、航空公司、电力委员会，以及组成和管理主要由国家控制的教育机构。这些司法判决的有益之处是，公职领域形形色色的歧视性作法，其对基本权利的侵犯，就可以向诸多由国家建立的机关和公司提出主张或要求执行，而这些机关和公司是印度有组织的经济中最大的雇主。这比美国国家行为概念可广多了。

平等与宗教歧视

在美国，历史和自身经历对宗教自由的形成以及其最终写入《人权法案》起了重要作用。英国和欧洲大陆宗教迫害的痛苦记忆，殖民地时期某些州在宗教上不宽容，产生了一种强烈的反对政教合一的情绪。人们敏锐地认识到，没有完全的宗教自由、良心自由，没有政教分离，其它言论、新闻出版、集会种种基本自由就岌岌可危。尤其宗教上厚此薄彼本身就是不平等。美国宪法第一修正案规定“ 国会不得制定建立宗教或制定禁止其自由行使的法律。 ”这一“ 建立 ” 条款要求政府既不能帮助也不能正式建立宗教。按法院的理解，这一条的意思是：

> 州政府和联邦政府都不得修建教堂。不得通过襄助某种宗教，或所有宗教，或厚此薄彼的法律。州及联邦政府不得违背某人意愿迫使或影响他信仰或不信仰宗教。或迫使他发愿信仰或不信仰某个宗教……不拘数额大小，都不得以税收支持任何宗教活动和宗教机构。[60]

另一方面，“ 自由行使 ” 条款又对从事宗教活动的自由提供了保障。政府不得剥夺任何宗教信仰，不得对宗教教义的适当性与真实性下任何判断。不难想象，在不得建立宗教的命令与不得禁止宗教活动的命令之间出现了一种紧张关系。法院极力想在这两个宗教条款之间找到一条中间道路，因为这两条用词都相当绝对，不管哪一条推到逻辑极限，都会与另一条冲突。[61]问题在于要划出一条道，既能保持宗教团体的自由自主，又能避免任何建立

宗教的嫌疑。美国法院在这方面到底做得怎么样，还有激烈的不同意见。历史和自身经历对印度宪法制定宗教自由条款也起了很大作用。独立以前，除了一些短暂的偏离外，总的态度和空气都是宗教自由和宗教宽容。[62]新印度缔造者的总目标是建立一个平等原则基础上的、包括各宗教信仰的世俗的国家。大家对所有宗教信仰在一个文明的、世俗的民主制度内和平共处充满了信心，这种民主制度将把宗教自由作为自由平等的一个不可缺少的方面加以保护。正是在这个意义上，印度的世俗主义才被说成是接受民主和平等自由原则的直接后果。[63]

印度宪法的一个重要特色是它规定国家对所有宗教一律持中立态度。为达到这一点，宪法保证不管其宗教信仰如何，人人（包括外国人）在法律面前一律平等，都受法律的平等保护，同时，保护公民在公职、公共场所、公共设施方面不受任何形式的基于宗教的歧视。[64]另外，印度宪法的第 25 条（和美国宪法第一修正案的“自由行使”条款大体对应），保证所有人（本国公民和外国人）一样享有良心自由；只要遵守公正秩序、道德、健康方面的明文限制，就有权自由皈依、从事、宣传其宗教。印度最高法院解释第 25 条时说，某个宗教团体持有的那种信仰正确不正确不是一个世俗法官所判断的。[65]

印度最高法院在最近一个案子中[66]就适用了这一原则。案情是，三个信耶和华见证者教的学生拒绝唱印度国歌，因为这个教的教义不允许信徒这样做；不过，每逢唱国歌的场合，这三个学生都起立以示尊敬。校方开除了这三个学生。最高法院取消了开除的命令。参照加拿大、美国尤其是 West Virginia State Board ofEducation v. Barnette[67]一案的判决，最高法院认定，这三个孩子因为遵从他们虔信的宗教教义而被开除是对他们良心自由、宗教自由基本权利的严重侵犯。雷迪法官代表法院警告说：“我们的传统教的是宽容，我们的哲学讲的是宽容，我们的宪法行的是宽容，让我们不要淡漠了宽容。”[68]

印度宪法的制定者深知，不能让“国教”有隙可乘，也不能让任何宗教得到官方的特殊庇护。但另一方面，他们也不愿接受杰斐逊的理论（政教之间应有一道坚不可摧的高墙），印度宪法最终没有把建立条款全数接受下来。不过强化“建立”条款的一些原则在印度宪法的若干条文里还是有所体现。比如第 27 条就禁止强迫纳税以维持或壮大某一宗教或宗教派别。[69]但第 28 条禁止在教育机构[70]中进行宗教训导只限于全部由国家拨款的教育机构。[71]

禁止在国立学校进行宗教训导也有某些例外。参加教育机构中的训导或礼拜并没有完全禁止，学生只要同意即允许参加，未成年的学生也可以参加，只要他或她的监护人同意。在这一点上，印度宪法明显背离了美国宪法。印度法院也极不可能判定一个无教派祈祷者在教室里的吟诵为非法。[72]

强化印度这些宪法规定和司法态度的哲学基础无非是，只要他们不违反公共秩序、公共道德和公共健康的要求，政府就应为所有教派和宗教活动提供方便。和美国一样，印度宪法关于政府不得以宗教为由歧视任何公民的规定适用于所有权利，包括政治权利。比如，规定按不同宗教团体信徒划分选区、进行选举的法律违宪。[73]豁免除某些村庄的不可接触者和穆斯林交纳增加警力费用的决定被废除，理由是这显然是对其它地区居民的基于种姓或宗教的歧视。[74]

有人以宗教歧视为由向禁止并惩处印度教徒重婚的法律提出挑战，因为实行一夫多妻制的穆斯林[75]未被纳入该法的管辖范围之内，对这个问题法院未能给出一个明确的说法。但是这类法律最终还是维持了，理由是这种分类的实质并不仅仅根据宗教，而且还基于对下列事实的认识，即印度教徒和穆斯林传统上都有他们自己根据各自的宗教文本而来的“属人法”。法院认为，国家可以决定逐步进行社会改革，这种社会改革可以只限于一个群体，根据哪个群体更成熟、更适于改革而定。[76]

这一决定的表面理由是法院不愿意废除把一夫一妻制引入占人口多数的印度教徒的法律，骨子里却是法院不想激怒穆斯林社会的感情。这些判决有悖于印度宪法世俗主义的理想和精神，也与国家政策的指导原则（宪法第 44 条）所明确规定的确保印度公民能有一个统一民法典的目标背道而驰。

相映成趣的是，美国最高法院也曾经毫不迟疑地维护过一部规定多婚为犯罪的联邦法律，然而与此同时，摩门教却将一夫多妻视为一种宗教义务。[77]

不同社会群体施行不同的离婚法也得到了维护，前提是每种离婚法都有自己的历史，这种维护不会造成仅仅基于种姓或宗教的歧视。[78]在最近一个判决[79]中——案由是一个离异的穆斯林妇女，沙阿·巴罗要求前夫扶养——最高法院毫不迟疑地援引国家的普遍法律（1973 年《刑事诉讼法典》第 125 条）认为离婚的穆斯林妇女有获得扶养的法定权利；而根据穆斯林的“属人法”，丈夫的扶养责任无论在数额上还是持续时间上都少得多。法院认为：“夫妻一方或双方所皈依的宗教不在这些规定的考虑范围之内。不管他们是印度教徒还是穆斯林，基督徒还是帕西人，甚至是异教徒，一概没有关系……第 125 条是百分之百世俗的。”[80]

不出所料，这一判决使穆斯林正统派顿时哗然，他们谴责说这是对穆斯林属人法的无理干涉。在他们紧锣密鼓的施压和游说下，议会新近制定了一部《穆斯林妇女（离婚权益保护）法》（1986），该法的目的就是消除最高法院对沙阿·巴罗案判决的影响。[81]

印度在这些两可案件中适用禁止宗教歧视的法律所遇到的困难，美国很少遇到。[82]原因可能是两国历史社会背景的差异。

平等和性别歧视

性别是最为古老、最为顽固的歧视基础之一。美国南北战争之前，男子和妇女的法律地位就不平等。宪法第十四修正案的通过，对以性别为基础的分类也没有发生立竿见影的效力。那些反映陈腐的性别决定角色假定的法律，还有对男女施以不同待遇的法律，各州出台不误，法院也继续维护。歧视妇女的制定法得到传统信念的支持，即“女人的天职就是做一个贤妻良母”。[83]甚至到 1961 年，美国最高法院还在说什么“妇女仍被认为是家庭生活的中心。”[84]更甚的是，1971 年以前，最高法院采取的态度都是：最大限度地服从立法对于性别分类的判断。

Reed v.Reed[85]一案的判决是一个转折点。尽管性别分类还未被当作有“歧视嫌疑”，早先法院审查性别分类时适用的传统的“合理关系”检验还是被抛弃了。现在美国法院审查以性别为基础的分类时用的是一个中间的标准。“要经受宪法挑战……性别区别必须要有重要的政府目标，并且必须实

实在在地和实现这些目标相联系。”[86]“在以性别为基础的分类受到挑战时，对传统的最低合理性检验要采取‘更尖锐的关注’。”[87]

美国法院在这一领域的判例有一种特殊的性质。这在法官采取一种中间的审查标准，而这种标准还要求审查号称的政府利益及法律与这种利益的关系时，的确是无可避免的。统一的规则既然没有形成当然也没有适用，“概念的含糊不清再加上司法方法令人迷惑的变化多端。”[88]美国法院早先在性别歧视问题上大力适用第十四修正案的失败，正是“平权修正案”运动兴起的原因之一，然而这运动也时运不济。[89]

在印度，性别歧视却没有造成严重的司法问题。印度宪法第 15 条之（3）（见附录 3）修改了国家不得实行性别歧视的要求，特别允许一些有利于妇女的特殊规定。B.N.劳从他与弗兰克福特法官的讨论中得到了后者对这一条的支持，弗兰克福特强调说可以制定一些有利于妇女的特殊条款。[90]为妇女在地方部门和教育机构保留位置的法律，保释问题上给妇女以特殊待遇的法律，以及规定了有利于妻子的抚养条款（但没有类似的照顾丈夫的条款）的法律，都得到了维护。

除了肯定性行动外，对于照顾妇女的法律，另外又提出了两条正当化理由：第一，这种区别对待不独是出于性别，还考虑了其它因素，即印度社会中妇女的弱者地位；[91]第二，这些法律是对历史上妇女作为一个阶级所遭受的歧视和剥夺的补偿。[92]减少历史上长期对妇女的歧视所造成的男女经济上的悬殊，公认为是一个重要目标。

在印度，妇女不在通奸罪（刑法第 497 条）惩罚之列（犯有此罪的男子可被判处五年徒刑），对此，法院并不认为是歧视。[93]出发点是“勾引者系男方，而不是女方”，[94]并说印度妇女因其独特的社会地位，一般是这种罪行的受害者。法院得到这个结论没有引证任何研究、报告或数据，但显然受到下列愿望的驱使，即再也不要让社会经济事务中已经很不利于妇女的天平继续倾斜下去。这也是麦考利勋爵时代留下的历史陈迹；这位勋爵 1837 年拟定了印度刑法典的第一个草案。[95]无论如何，这些条款都将得到维护，因为它们是宪法第 15 条第（3）款所允许的肯定性行动之一种。

然而，对比这更成问题的区分，法院也不是毫无察觉。Muthumma [96]一案中有迹象表明，印度最高法院将严厉审查性别区分。该案中法院评论道，某些工种的特殊要求，男女两性的敏捷程度或自然障碍以及社会因素的特殊性，都可以成为选择和区分的正当理由。但是“除非区分可以被证明，其它情况下平等原则必须贯彻。”[97]通过适用这个标准，法院判定《印度对外服务条例》无效，因为该条例要求从事这种服务的女雇员结婚时要取得政府的书面许可，并规定已婚妇女不得被赋予受命做这种服务的权利。法院驳回了这种区分，认为这是“束缚软弱女性的男性文化的遗毒。”[98]和美国一样，印度法院的这个表述暗示其审查标准比合理基础标准还要严厉些。

关于财产继承，印度不同的宗教团体有不同的属人法，有些属人法对妇女极为歧视。面对这个问题，法院很是踌躇，但最终还是“因为继承权由当事人的属人法或所属教派的习俗决定”，[99]而认可了这些规则。这样，属人法就成为少数者群体中对妇女压迫最重的东西之一。

前面说过，广大穆斯林社会中的一夫多妻制经受了违宪挑战而存续了下来，原因是这种一夫多妻制的基础对那些过去信仰现在仍然信仰他们属人法的神圣性的人来说，是生死攸关并且是强制性的。一夫多妻制并不构成对妇

女的“ 仅仅因为其性别 ”[100]的歧视。这些案件不但涉及性别歧视，还涉及宗教歧视，由此可以解释印度法院那种勉勉强强的推理。在性别平等和信教自由二者之间有一定程度的利益冲突，而信教自由又部分地是对待不同教派的一个平等原则。

现实是严酷的，全印度的妇女——不光是穆斯林妇女——在每一个社会阶层，比起男子来，都更弱，受教育更少，更贫穷。尽管有形形色色的劳工法，同工却不能同酬；尽管有平等的投票权，她们在政治上仍然无能为力；社会发展过程本身又常常使她们的相对地位变得更糟糕，不是把她们从先前还有一席之地的经济主流中排挤开，就是拦着不让进入。印度照顾妇女的宪法保障和司法能动主义对妇女的生活还未起到多大作用，尽管它已经给社会活动家和改革者提供了一些武器。

补偿性区别对待

美国和印度都是追求平等的民主的社会，其宪法都反映了这样的信念：每个人都有平等的内在价值，都有权受到同样的尊重和法律的同等保护。但是，这两个国家又都因为社会上处于不利地位的团体面临的机会是如此不平等，而使人人平等成为一个最难践履的诺言。

美国和印度都有历史形成的处于不利地位的团体，在美国是黑人，在印度是不可接触者。过去他们是恶意的系统化歧视的牺牲者，现在仍然是受到歧视的一群。古老的偏见和由此而来的不平等一日不去，形式上的平等权利保障就远远不够。印度宪法制定者得到一个结论，那就是，在稍微像样点的平等实现以前，对不利地位团体的照顾就是必需的。

然而，对一部分人的特殊照顾与人人平等的原则一致吗？难道这不是又抛弃了先前对个人价值的认可了吗？对这些问题的回答要看对考克斯教授那些问题如何作答：“ 要实现平等，我们今天是让每个人都站在同一条起跑线上呢，还是给予少数申请者以先跑的资格？当然设计这种先跑资格是为了弥补这些申请者团体过去受到的歧视和不公正及其可能的不良后果的。 ”[101]

支持照顾的原则是，给弱小的处在不利地位的社会阶层以帮助和特殊关怀是迈向平等的，而不是相反，其用意应是校正不利团体遭受的不公平。倘若是为老、弱、贫、残谋福利而制定一些特殊的措施，适用这一原则应该不会有什么严肃的反对，但倘若分类是基于种族（美国）或种姓（印度），则不免引起严重的争吵。

在美国，教育机构为历史上处于不利地位的群体保留工作或位置的做法对另一些人的机会平等造成不利影响。人们对这种现象尤其愤恨。有人说，这种 “ 反歧视 ” 把真正符合条件的人拒之门外。却允许那些并不怎么够格的人，用他们这个团体在很早很早以前受到的歧视来 “ 捞好处 ”。他们认为这种牺牲效绩和效率的做法违背了国家利益。这种行为被视为违背了宪法规定的平等保护原则；是一个平等的民主社会中不能允许的。

美国最高法院在这些案件上意见分歧得很厉害，以致有些案件竟然不能形成五个以上法官（一共有九个法官）赞成的法庭意见。每个案子都要区分来区分去，区分的基础是所考虑的各补偿项目之间的区别，以及那些被用来支持这些项目的历史上的歧视程度。[102]

这些法官的意见，反映了两种截然不同的思想派别。一种认为宪法应当

是“色盲”，确定政府福利和负担之分配，绝对不能以种族或人种作标准。“良性歧视”、“肯定性行为”这些委婉动听的用语也掩盖不了这样的事实：“种族配额究其实仍是社会等级制造器，是一把双刃剑，要照顾一方，就要损害另一方。”[103]

另一派思想在 Ba kke 一案布莱克门法官的意见中有所反映：“要摆脱种族主义，就不能不先把种族考虑进来。我们别无它路可走。要给一些人以平等的对待，就得给他们以不同的对待。我们不能——也不敢——让平等保护条款犯种族至上的错误。”[104]

印度宪法禁止种姓歧视，而对表列种姓、表列部落以及社会上、教育上“落后”的阶层人们的优惠，又与平等原则及个人价值原则冲突。但是——这一点和美国区别很大——印度宪法的制定者在宪法里明文规定可以进行补偿性的区别对待。[105]他们坚信，处在不利地位的团体成员仍然承受着历史上种姓歧视积累下来的不平衡，除非给他们以照顾，否则什么平等，什么基本权利，都将失去原本的意义。

这样一来，在各种照顾不利地位少数者的措施是否合宪的问题上，印度就省去了不少口舌之争。但是仍然出现了严重的问题——因为人们担心这个允许照顾的宪法例外在实践中口子会越开越大，而使非歧视的一般原则失败。在印度，进入教育机构的要求大大超出了有限的容纳能力，觊觎公共职位者众，矢志上进的竞争者比比皆是。结果，几乎所有问题上，比如教育机构保留位子的政策，和由此而来的入学资格的放松，特别是公职上为表列种族、表列部落、“落后”阶层保留职位的做法，引发了旷日持久的激烈争论。这些争论既是法律上的，又是政治上的。

“落后”阶层的要求引起了最大的怨恨。社会上普遍认为，好处全让那些不够格的人得去了，他们不正当地给自己贴上“落后阶层”的标签，而这本来是要看他是否真的很需要，或经济非常贫困。“这个世界的其它地方，都不会出现这样的景象：各种姓、阶层、团体排起长队口口声声说自己落后，要得到一个落后者的地位。因为一旦取得社会上、教育上落后阶层的称号，你就得到了进入职业学院和政府部门的通行证。”[106]更要命的是宪法对‘落后”一词没有定义。时常有人提出“落后性”的标准，包括种性，但根据法院的通行判决，种性不能成为一个单独标准，大体而言，经济上的不利地位应该是一个尺码。[107]

而且人们还有一种印象，就是保留的好处并未渗沥而下，而是被“落后”阶层或种姓的上层人士给攫取了，蛋糕都让那些走运的上层家伙独吞了，弱者中的弱者还是那么弱。这使得“落后性”成为一种既得利益。保留政策激起了反对者的骚动。最严重的一次反保留骚乱发生在 1985 年初，在古吉拉特邦持续了将近四个月。严重的暴力事件导致多人丧生。这次骚乱直接针对的就是增加对“落后”阶层的保留。

印度法院（美国法院也一样）对补偿性区别对待所导致的个人不满还是有反应的。印度法院一直力求在不利地位团体和其他受影响的人的权利之间保持一种合乎情理的平衡。对这种司法干涉的结果如何评价，意见并不一致。一种观点认为，法院削弱、阻挠了补偿性区别对待政策，另一种观点则认为，法院对平衡互相冲突的价值和利益还是有功劳的，从总体上防止了处在不利地位的团体铤而走险，引发暴力行动。[108]

在印度人们越来越感觉到，除非对此达成共识，即历史上歧视的恶劣后

果今天依然存在，并且矫正目前的不平衡的努力应符合目前需要的标准，否则补偿性的区别对待就没有什么意义。美国的经验说明，“不断对社会上的失败者所登记的进步情况进行客观的评判”非常必要，“要不然，那些曾很值当的‘保留’就会蜕变成‘反向歧视’。”[109]切记，补偿性的区别对待本身并不是目的，倘若不平已获疗救，则须立即停止。否则歧视，无论是良性还是恶性，都有永久化的严重危险。

一个例证是，人民院（Lok Sabha）和各邦立法院，对表列种姓保留席位的期限不断延长。当初宪法规定，席位保留的期限是十年，到 1960 年终止。但后来期限一次次延长，现在的计划是到 1990 年 1 月为止（见附录 2）。不过到时肯定还要延长，原因是有人深信，倘若放弃立法机构中的席位保留，补偿性区别对待政策带来的一系列尽管很不起眼的进步都将泡汤。大体说来政府支持保留政策总是让“落后”团体很高兴，但实际上呢，这种支持并没有让机会的天平真正向弱者和“落后”阶层稍稍倾斜。

保留政策最为严重的后果是，它掩盖了政府在有效地解决普遍贫穷和弱者备受剥夺等基本问题上的失败，表列种姓或表列部落仅是这些弱者的一部分。

将来会怎样？补偿性区别对待到底是危机重重呢，还是为人们带来了希望？的确，对于根深蒂固、无孔不入的歧视恶疾，它不但不是什么灵丹妙药，相反倒带来了严重的问题。但是，只要历史上歧视的恶劣后果还多存在，不利团体的成员还在忍受祖先曾经历过的那种无所不在充满敌意的歧视创伤，肯定性行动计划就不得不继续下去。

在美国，对肯定性行动的争论已不那么激烈了，法院已支持过好几种这样的计划，特别是照顾少数团体的代价还没大到足以剥夺其他具体人的既得利益的计划，法院一般都维持。[110]美国的经 114 验和司法对策，印度也不是没有留意过，只是国情迥异而印度的问题也更加尖锐。

印度一亿一千万不可接触者的 90%生活在农村，那里的歧视最严重，而政府的保护也最弱。大部分的不可接触者是无地的佣工，小命全攥在满脑子种姓观念的地主和东家手里。“主要不是宪法保护不够，而是有效地运用现成的保护措施和机会的组织和想象力不够。”[111]更糟糕的是，不可接触制还有宗教支持。许多人仍然觉得——尽管他们意识里并不相信——与不可接触者接触会被污染。这样要破除不可接触制就难了，仅有宪法条文是不够的。

毫无疑问进步还是有的，但也有对进步的顽固的抵制，甚至臭名昭著的死灰复燃。尽管补偿性区别对待政策没有产生理想的结果，在短期内也不会产生什么奇迹，但如果我们对人人平等的誓愿仍然心怀热望，它就是不可缺少的。

在促进平等中不断扩大司法的作用

如果没有独立的、拥有司法审查权的、容易接近、能实施这些权利的司法机关，那么，包括平等权在内的基本权利保障就只是一堆空洞的浮词丽句。

美、印两国的最高法院在各自的宪政结构中位置就比较显赫，司法权之行使对两国的重大事件进程都曾发挥过不可忽视的影响。大体上，它们对保障和促进人权及基本自由都做出了自己的贡献。近年来，平等主义更成为美、

印宪法哲学的主导因素。一点不假，美国的平等保护已被说成是“一个最最重要的原则，所有国家都可引以为典范。”[112]

美国最高法院保护贫穷被告上诉权的判决，给平等概念注入了真实的内容，对发展肯定性救济也起了很大作用。[113]沃伦法院逐渐扩大在国家行为领域的管辖权，它所采用的方法和原则，在印度法律发展中也起了相当可观的作用。[114]这些进步的判决对印度最高法院积极行为派法官的思想和观念影响不小，就像帕塔克法官所说的那样：“美国的沃伦法院通过公法这条路，为了少数民族和其它社会经济地位低下人们的利益，颁行了许多肯定性行动计划，取得了令人瞩目的成功。我们现在也要在印度适用一种类似的宪法义务的概念。”[115]

要有效地实现人权，法律援助在印度和美国都是不可或缺的。法院在 Madhav Hoskot v. State of Maharashtra 一案中宣称：“基甸[①]的号角已经从大西洋那边吹过来了；”[116]并采取了一项重要的促进平等获得司法审判的步骤，法院判决：出于刑事审判中程序的公平正义要求，国家有责任为贫穷的囚犯指派合格的辩护律师。但是，现行的中央立法中还没有一个体现全面法律援助的方案。[117]

美国伯格法院关于照顾历史上受歧视团体的良性区别对待措施合法的判决，虽未在印度直接适用，但也不是没人感兴趣。布伦南、布莱克门、怀特、马歇尔诸法官关于 Bakke 一案的论证，Weber 一案中的多数派意见，都与印度司法思想甚是合拍。这个思想是，除了印度宪法中的特别规定外，平等的肯定性内容允许国家采取补偿措施照顾这些团体，以使他们能和社会的其他成员平等竞争。

在公共利益诉讼中，印度最高法院并不满足于学美国判例的样。它大步向前，勇敢跃进，大大超过了美国法官所做的一切。也许是美国最高法院的积极行动主义，而不是其法哲学，影响了印度这方面的发展。印度最高法院的最大贡献是，它革新了陈述权的概念，把肯定性救济发展到任何美国先例都未达到的地步，从而为更容易地获得司法帮助提供了方便。印度的公共利益诉讼，更合适的叫法是“社会行动诉讼”，背离了只有个人权利受到侵犯的人才能上法庭的传统规则。法院不止一次地宣布：如果一个人，或一个阶层的人，因为穷困，因为经济社会地位不利，或无行为能力而不能就法定伤害上法院寻求司法救济，那么任何公众人士，只要善意，不打歪主意，都可以提起诉讼，为其求得司法救济。[118]有时候真这么做了。一封信寄到法院，提醒它注意某某法定伤害——法院立即采取了行动。这一做法保证了司法的快速、有效，又不那么费钱。[119]

印度最高法院在促进人权的过程中露了一手绝活：在基本权利中纳入了“国家政策的指导原则”，像国家有义务提供像样的生活水准、最低工资、公正人道的工作条件、提高营养和公共健康水平等等。在 Francis Coralie Mullin [120]一案中，法官巴格瓦蒂宣称：“生命权包括有尊严地生活的权利，包括所有与此相关联的东西：基本的生活必须品如足够的营养、衣着和栖身场所。”

这种自由主义的司法宣判，使大部分印度人得以享有基本人权，尽管他们还很贫穷和愚昧。法院认真看待苦难。[121]法院这样做不是立法，它只不

[①] 圣经中的法官。——译者注

过在宪法的框架内引进了一些操作性的原则。

平等是社会经济病症的一剂良药，是民主的补充。印度最高法院对平等主义的钟情有很深的根源。贫民阶级遭受的巨大社会经济不平等和无能为力，使得法律上的机会对他们仍然是一场空。最高法院对此有敏锐的认识。它认定，“平等不能只是一句无益的咒语，对人民大众来说，它应当成为活生生的现实。”[122]在过去的十年中，最高法院朝着这个目标稳步前进，并且在这一过程中，它们使印度的民主基础更加牢靠了。

附录 4.1

印度宪法规定的基本权利梗概

印度宪法规定的基本权利有这么几大类。第 14 至 16 条规定了平等权的各个方面及法律的平等保护。第 17 条废除了“不可接触制”，禁止这种制度以任何形式施行。第 19 条保障的基本自由有：言论和表达自由——通过司法解释，它包括了新闻出版自由；不携带武器和平集会的自由；结社自由和组织工会自由；迁徙和在国内任何地方居住和定居的自由；从事任何职业和商贸的自由。财产权起初也是基本权利的一种，1979 年 4 月被《宪法（第四十四）修正案法》删除。第 20 条禁止溯及既往之刑法，一罪二审及自证其罪。第 21 条规定，除根据法定程序外不得剥夺任何人的生命和人身自由。关于逮捕和拘留的一些保护措施规定在第 22 条。第 23、24 条禁止买卖人口和强迫劳动。

第 25 到 28 条保证公民和非公民一样享有良心和宗教自由。第 29、30 条规定少数民族有权保持其语言、文字和文化，有权自主建立、管理教育机构。第 32 条规定了向最高法院提请实施基本权利的权利。

附录 4.2

表列种姓和表列部落

表列种姓指经过印度总统公告确认的种姓、种族或部族（第 341 条）。表列部落指经过印度总统公告确认的部落或部落群（第 342 条）。

第 330 和 332 条规定，在人民院和各邦立法机关为表列种姓和表列部落保留一定席位。第 334 条规定了到席位保留终止的期限。

宪法要求国家要特别注意促进表列种姓和表列部族的教育和经济利益，保护他们不受社会不公正的压迫和任何形式的剥削（第 46 条）；第 15 条（4）和第 16 条（4）允许对他们进行照顾。

第 335 条要求，表列种姓和表列部落成员在联邦和各邦服务和任职的要求要与保持行政效率的考虑一致。

设立一负责表列种姓和表列部落的特命官员，调查所有与宪法规定的保护措施有关的事务。

附录 4.3

印度宪法第 14 至第 17 条

第 14 条：法律面前人人平等。

印度领土内，国家不得拒绝给任何人以法律面前的平等或法律的平等保护。

第 15 条：禁止宗教、种族、种姓、性别和出生地歧视。

（1）国家不得仅仅因为宗教、种族、种姓、性别、出生地或其中任何一项而歧视任何公民。

（2）不得仅以宗教、种族、种姓、出生地为由，在下列方面剥夺任何公民的能力，使其承担责任，对其进行限制或使其符合某种条件：

(a)进入店铺、公共餐厅、旅馆、公共娱乐场所：或

(b)全部或部分国家出资维持或供公众使用的水井、水池、河边洗浴用阶梯、道路、公共胜地场所的使用。

(3)本条并不排除国家对妇女儿童作出特别规定。

本条及 29 条第 2 款都不排除国家为了社会上、教育上落后之公民阶层或表列种姓、表列部落的进步而做出特别规定。

第 16 条：公职上的机会平等。

(1)国家职务之录用任命事宜，所有公民机会平等。

(2)不得使任何公民仅以宗教、种族、种姓、性别、出身、出生地、居住地或其中任何一项为由不能担任国家职务或职业或在这一点上遭受歧视。

(3)本条并不排除国会就一邦或联邦政府或其境内之地方机构或任何机构之一种或数种职务之录用或任命事宜制定法律，规定其在被录用或任命之前须在该邦或该地居住的有关要求。

(4)本条并不排除国家作出有利于公民中落后阶层的职位保留规定,如果国家认为他们在国家事务中没有被充分代表。

(5)本条对规定涉及或宗教教派机构事务的职务担当者,或这种机构的管理机关成员，得由信奉某一宗教、或属于某一教派的人员充任的法律，不发生影响。

第 17 条：废除不可接触制。

废除“不可接触制”，禁止以任何形式实施这种制度。任何由“不可接触制”而来的剥夺他人能力的行为，都是应受法律处罚的犯罪行为。

注释

[1]比如，据传是贾瓦哈拉尔·尼赫鲁所写的“独立誓言”与此有关的部分就是：

“我们认为，和其它国家的人民一样，这也是印度人民不可剥夺的权利：获得自由，享受自己辛勤劳动的果实，拥有生活必需品，这样他们才有充分的发展机会。我们同样坚信，如果政府剥夺人民这些权利，压迫他们，那么人民就有权改变它，或废除它。”见 P.N. Chopra, ed., Toward Freedom 1937 - 1947, vol. 1 (New Delhi: Indian Council of Historical Research, 1985).

[2] Soli J. Sorabjee, “Fundamental Rights in the Indi an Costitution,” In A. G. Noorani, ed., Public Law in Indian (Delhi: Vikas (Indian) Press 1982), p. 30.

[3] B.Shivarao, ed., The Framing of Indian’s Constitution: A Study (Livingston N.J.: Orient Book Distributors, 1968),1：48—49.

[4] Constituent Assembly Debates 12 vols.(1949; Reprint1985), 1 ：4，5（以下作 CAD），要是在现在这种政治气候下，辛哈博士很有可能被当作美国中央情报局间谍。

[5] CAD，1：59

[6] Upendra Baxi, Traffic of Ideas Between Indian and America, ed. Robert Crunden (New Delhi: Chanakya Publi - cations 1985), p. 321.

[7] M. Abel, "American Influence on the Making of the Indian Constitution", Journal of Constitutional and Parliamentaty Studies (1967), 1:37.

[8] B.Shivarao, The Framing of Indian's Constitution, 3：217. 他也曾与杰瑟普教授和道林教授在哥伦比亚大学进行过讨论。这两位教授都认为，授权中央就通常是地方性的事务进行立法的修订案非常重要——如果这种事务变得具有全国性重要意义的话。 B. N. Rau,India's Constitution in the Making (Bombay, New York: Allied, 1960), p.308.

[9] Rau, India's Constitutionin the Making,p.218.

[10] 宪法第 21 条，“ 除非根据法定程序 ” 这种表述取自 1946 年日本宪法第 21 条。

[11] A.K.Gopalan v. State of Madras, AIR 1950 SC 27.

[12] Maneka Canchi v. Union of Indian, AIR 1978 SC 597.

[13] Granville Austin, Indian Constitution：Corner－Stone of a Nation (Oxford：Clarendon Press, 1966), p.308.

[14] 回国之前，安贝德卡在哥伦比亚大学取得了文学硕士和经济学博士学位。

[15] Rau,The Framing of India's Constitution, p.179.

[16] CAD,1：92—94（M.R.马萨尼的发言）.

[17] Shamsher Singh v. State of Punjab, AIR 1974 SC 2192，2212.

[18] 1975 年 6 月，英迪拉 · 甘地政府滥用紧急状态条款，造成印度一度丧失民主。好些政治领导人未经审判便被监禁；新闻出版遭到严厉限制，包括实行事前审查；宪法规定的基本权利不能行使。这一经历的 977 年上台的贾拉塔政府，翌年通过了宪法（第四十四修正案）法，规定某些权利即使在紧急状态下仍不得中止。

[19] Louis Henkin, "Economic - Social Rights as 'Right': A United States Perspective," Human Rights Law Journal (1981), 2:223, 229.

[20] 转引自 William O. Douglas, We the Judges (Garden City, N. Y.: Doubleday, 1956), p. 30.

[21] J.G.Nicolay and J. Hay eds., The Complete Works of Abraham Lincoln (1894), 2:331.

[22] 同上，2:330。

[23] 同上，2:331。

[24] M.Chalapathi Rau, Gandhi and Nehru (Bombay: Allied, 1967) , p.2.

[25] CAD, 11：977—979.

[26] MarcGalanter, Competing Equalities (Berkeley：University of California Press,1984),导言,p.l。

[27] 另外，第十四修正案的平等保护规定又反过来被纳入到第五修正案的正当程序规定，这样，比如说，就阻止了联邦政府进行反向种族歧视。Bolling v. Sharpe,347U.S.497（1954）.

[28] 印度宪法第 15、16 条，第 14、15、16、17 条的原文见附录 3。

[29] CAD,3：431.《印度政府法》（1935）是为治理英属印度而制定的宪法文件。萨达尔·帕特尔——一位知名的自由战士——解释说："另一修正案与肤色有关，我不知道这是什么意思。印度有各种各样肤色的人，我们要为他们一一立法吗？"这么说显然没考虑到印度盛行的肤色偏见：比如说，一个肤色白皙的新娘子，在婚姻市场上可值钱了。

[30] Dilip Hiro,"The Untouchables of India,'Minority Rights Group ReportNo.26(London: Minority Rights Group, 1979).甘地把他们称为Harijans,意思是"上帝的孩子"。巴巴拉·乔希博士故意用"不可接触者"这个词，因为"圣雄甘地常用的'表列种姓"或 Harijan（上帝的孩子）这类委婉语，把'不可接触者'和其它致力于社会变迁的印度人所承受的重负搞得暧昧不清。"Barbara Joshi, Democracy in Search of Equality（Delhi：Henderson,1982）,p.l.宪法中关于表列种姓和表列部族的规定之概览见会录 2。

[31] 比如 Boddie v. Connecticut, 401 U. S. 371 (1971); Douglasv. California, 372 U.S. 353 (1963); Griffin v.Illinois 351 U.S.12（1956）（认为让某人交纳某种按标准收取的诉讼费的要求违宪）。又见 Cumberland Coal Co. v. Board of Revision of Tax Assessments in Greene County, Pennsylvania, 284 U. S. 23 (1931), K. T. Moopil Nair v. State of Kerala, AIR 1961 SC 5652; General Manager, South Central Railway v. A. Sidhasrtha, AIR 1974 SC 1755.仿此。

[32] M. Match Works v. Ass't Collector C. E., AIR 1974 SC 497.503.

[33] 比较林顿.B.约翰逊 1965 年 6 月 4 日在霍华德大学的演说："我们寻求的，不只是自由，还有机会；不只是法律上的平等，还要发挥人的才智；不只是作为权利和理论的平等,还要作为事实和结果的平等。'Public Papers of Lyndon Johnson（1965），2：635，636.

[34] 第 46 条："国家要特别注意促进人民中的弱者，特别是表列种姓和表列部族的教育和经济利益，国家应当保护他们免受社会不公正和任何形式的剥削之害。"

[35] 见第 115 页。这一令人欢欣鼓舞的结果就是最乐观的制宪元勋也没预料到。庆幸的是，至少在这一点上，宪法就是最高法院所宣称的那样。

[36] Henkin, "Economic Social Rightas 'Rights'", p.229.

[37] Charanjit v. Union of India, AIR 1951 SC 41; State of Bombay v. F. N. Balsara, AIR 1951 SC 318; State of West Bengal v. Anwar Ali, AIR 1952 SC 75; Kathi Raning v. State of Saurashtra, AIR 1852 SC 123; Budhan Choudhry v. State of Bihar, AIR 1955 SC 191; 及 Ram Krishna Dalmia v. Justice Tendolkar, AIR 1958 SC 538. 与此形成对比的是，因为宪法起草的有意忽略，印度法院没有适用美国法院关于正当程序条款的判例："我们在适用合理性检验的时候，并不享有美国最高法院法官在适用'正当程序'条款时所习惯的那种自由。"

[38] Air India v. Nergesh Meerza, AIR 1981 SC 1829, 1852; State

of U. P. v. Deoman, AIR 1960 SC 1125, 1131.

[39] Yick Wo v. Hopkins, 118 U. S. 356 (1886); State of West Bengal v. Anwa Ali Sarkar, AIR 1952 SC 75.

[40] Air India v. Nergesh Meerza,参考的是 General Electric Go. v. Gilbert, 429 U.S. 125(1976)。

[41] 379 U.S. 241(1964).

[42] 383 U.S 301（1966）.

[43] AIR 1975 SC 1331,1351—1352.

[44] Nandini Satpathy v. Dani, AIR 1978 SC 1025,1035[45]“在印度,法院、学校、公开的法学研讨会，哪天要是不提到点美国最高法院的大法官和判例，这一天就过不下去”，“印度的广大群众（包括业余法律学生和教师大军）至今分不清楚奥利弗·温德尔·霍姆斯和舍洛克·霍姆斯”。乌彭德拉·巴克西教授的这番话，又是幽默，又是挖苦，还有一点夸大其词。

[46]这个表述最初见布莱克法官在 Korematsu v .UnitedStates 一案中发表的多数派意见， 323 U.S.214，216（1944）.“嫌疑分类”一语在印度是克里希纳·耶尔法官在 Thomas 一案最先使用的，AIR 1976 490， 536。

[47] K. K. Mathew, Democracy, Equalit, and Freedom (Lucknow: Eastern Book Co., 1978), p.223.

[48] State of Gujarat v. Ambica Mills Ltd., AIR 1974 SC 1300, 1314.在美国，以平等保护为由取消经济管制，一度相当平常，现在却受到了怀疑。参见 New Orleans v. Dukes, 427 U.S.297（1976）。

[49] In re, The Special Courts Bill, AIR 1979 SC 478, 508.

[50] Lachhman Dass v.State of Punjab, AIR 1963 SC 224,240（苏巴·劳法官持不同意见）； State of Jammu and Kashmi v.T.N.Khosa, AIR 1974 SC1,16.

[51] State of Andhra Pradesh v. Raja Reddy, AIR 1967 SC 1458, 1468.

[52] E.P. Royappa v. State of Tamil Nadu, AIR 1974 SC 555, 583（巴格瓦蒂法官）.

[53] 从字面上看，平等保护条款只适用于州，但通过对第五修正案正当程序条款的解释，已扩展到可以适用于联邦政府。Bolling v. Sharpe, 347 U. S. 497 (1954); Weinberger v. Wiesenfeld, 420 U. S. 636 n. 2 (1975); Schlesinger v. Ballard, 419 U.S. 498, 500 n.3 (1975).见注[27]。

[54] Shelley v Kraemer, 334 U.S.1,13（1948）.

[55] Erusian Equipment and Chemicals v. State of West Bengal, AIR 1975 Sc 266.

[56] Romana v. Airport Authority of India, AIR 1979 SC 1628,1636.

[57] 第 12 条中有一个范围甚广的国家定义：“国家包括印度政府和国会、各邦政府和立法机关以及印度领土内或印度政府控制之下的一切地方机构或其它机构。”

[58] Sukhdev Singh v. Bhagatram, AIR 1975 SC 1331,1355.可惜的是这种检验太不精确,什么是具有高度公共利益之事务？什么活动才算得上“对社会不可缺少”？

[59] 同上,P.1352, 引自 Arthur S. Miller, “The Constitutional Law of the ‘Security State’”, Stanford L. Rev., 10:620, 624 (July, 1958).

[60] Everson v.Board of Education, 330 U.S.l,15（1947）.

[61] Walz v.Tax Commission, 397 U.S.664,668,669（1970）.

[62] 印度教从来就不是一个好斗的、反对改宗的宗教。教内统治者就是信奉、支持某一教义，也不会将其强加给民众。耆那教、佛教、琐罗亚斯德教甚至伊斯兰教都允许与印度教共存，自由实践其教义，建立朝拜地和自己的生活方式。“欧洲绵延几个世纪之久的为争取良心自由而斗争的历史，在印度从来就没有发生过。”J. M. Shelat, Secularism: Principles and Application (Bambay: N. M. Tripathi, 1964), p. 71

[63] 同上，p.66。

[64] 见注[28]。

[65] Ratilal v. State of Bombay, AIR 1954 SC 388,392.

[66] Bijoe Emmanuel v. State of Kerala, AiR 1987 SC 748.

[67] 319 U.S.624（1943）.

[68] Bijoe Emmanuel v. Kerala.此案引起了激烈的争论，判决被指责为不爱国，甚至反国，审理此案的法官受到了严厉的批评。后来印度总检察长发出一纸申诉状，将问题提交给一个五人宪法法庭，该法庭有权维持或推翻本判决。

[69] 印度宪法第 27 条：“任何人不得被强迫交纳其收益系特用于支付维持或壮大某一宗教或宗教派别费用之税。”

[70] 印度宪法第 28 条：(1)不得在全部由国家出资的教育机构中进行宗教训导。(2)第(1)款不适用于虽由国家管理，但由捐赠或信托设立并以宗教训导为捐赠信托条件的教育机构。(3)不得要求任何进入国家认可或国家资助的教育机构的人参加在该机构进行的宗教训导，或在该机构或其附设场所举行的宗教礼拜，除非本人同意，如果是未成年人，除非其监护人同意。

[71] 这一点和美国的情形一样：不禁止在私立学校进行宗教训导。实际上，这一权利还受宪法保护。 Pierce v. Society of Sisters,268U.S. 510（1925）

[72] 参见 Engelv.Vitale,370U.S.421（1962）。

[73] Nainsukh v. State of U.P., AIR 1953 SC 384.

[74] State of Rajasthan v. Pratap Singh, AIR 1960 SC 1208.

[75] 穆斯林是印度最大的少数民族 （1.1 亿），占总人口的 11.5%，比巴基斯坦现在的全部穆斯林人口还要多。

[76] State of Bombay v. Narasau Appa, AIR 1952 Bombay 85；Sambu Reccy v.G.Jayamma, AIR 1972 A.P.136；Sonu Baiv.Bala, AIR 1983 Bombay 156.对这些判决的批评性分析，见 Joseph Minattur, “Onthe Magic of Monogamy and Similar Illusions,” Islamic Law of Modern India (Indian Law Institute, New Delhi; Bombay: N. M. Tripathi, 1977), p. 157; Paras Dewam, Muslim Law in Modern India (Allahabod Law Agency 1977), pp.41-42; Upendra Baxi, “Muslim Law Reform, Uniform Civil Code and the Cnsis of Commonsense,” Family Law and Social Change (Bombay: N. M. Tripathi, 1975), p. 24; Douglas, We the Judges, p. 407.

[77] Reynolds v. United States,98 U.S.145（1878）.

[78] Sudha v.Sankappa Rai,AIR 1963 Mysore 245.

[79] Mohd Ahmad Khan v. Shah Bano Begum, AIR 1985 SC 945.

[80] 同上，pp.948—949。

[81] 现在，在最高法院，该法面临违宪挑战，主要理由是宗教歧视，因为它把穆斯林离婚妇女从扶养离婚妻子的国家的普遍法律的运作中排除了出去。

[82]但不排除美国有一些近似的问题。参见 Sherbert v.Verner, 374 U.S.398（1963），该案判决认为，根据自由行使条款，对于拒绝接受要在星期六上班的职业的人（其宗教信仰禁止星期六工作），州法不给他以失业救济，违宪。

[83] Bradwell v.State，83U.S.180，141（1873），此案维持了某州禁止妇女从事法律职业的决定（布拉德利法官亦赞同）。这种古老观念不独为司法界所有，托马斯·杰斐逊就认为“我国就是一纯粹民主国家，也不能把妇女考虑在内,为防止道德沦丧或把水搅混,女人不应混在男人圈里。’Martin Gruberg, Women in Amencan Politics: An Assessment and Sourcebook, (Oshkosh, Wisconsin: Academia Press 1960), p.4.

[84] Hoyt v. Florida, 368 U.S. 57, 61－62（1961）.

[85] 404 U.S.71（1971）,取消了在选任不动产的管理人时男子对妇女的优先权。

[86] Craig v. Boren. 429 U.S.190, 197 (1976)；又见 Mississippi University for Women v. Hogan, 458 U. S. 718, 723-26(1982).

[87] Michael M.v.Sonoma County, 450 U.S.464,468（1981）.

[88] P.G.Polyviou, The Equal Protection of the Laws (London: Duckworth, 1980), p, 277.

[89] Warwick Mckean, Equality and Discrimination Under International Law (Oxford: Clarendon Press, 1983), p. 239.

[90] Shivarau, The Framing of India's Constitution, p.187.

[91] 类似的论证见 Reed v.Reed,404 U.S.71,pp.76—77：“在这种情况下，选择不能仅仅以性别为由而合法确定。”（着重号是作者加的）。

[92]这一论证看来与 Califano v. Webster, 430 U.S. 313, 318（1977）一案一致。受到挑战的法规是想补偿妇女们过去所受的经济歧视。

[93] Yusuf v. State of Bombay, AIR 1951 Bombay 470,最高法院维持了这一判决，见 AIR 1954 SC 321。

[94] Sowmithri Vishnu v. Unionof India, AIR 1985 SC 1618,1620. 比较 Michael M.v. Sonoma County,此案中加利福尼亚的法律惩处了一个与未成年女孩发生性关系的男子，但不追究与未成年男孩发生性关系的妇女，法院认为该法并未违反宪法第十四修正案的平等保护条款，因为该法并没有假定男子一般更富于攻击性，而是为了更好地保护幼女，性关系和怀孕的后果对她们，比对男孩更严重。

[95] 麦考利不把妇女作为通奸罪主体的理由是：“这个国家的妇女状况很悲惨，根本不能和英国法国比。她们还是个小女孩时就嫁人了，年纪轻轻就经常被冷落，因为丈夫还有其他妻妾，几个对手要时时争宠。一方面是法律承认丈夫有金屋藏娇的特权，一方面又要制定法律惩罚妻子用情不专，我们不能接受这样的逻辑……我们也不想在已经压得很低的天平的一端，再额外加上一块刑法的砝码。”1972 年，法律委员会建议删除通奸罪中对妇女的免责，理由是妇女地位全面上升，特别是教育水平大大提高，她们现在已经

能为自己的行为负责，没必要进建议没有被采纳。但是通奸作为离婚的理由，对男女都适用，无论是全国性的一般法律还是针对不同社会团体的特别法，均是如此。

[96] Muthumma v. Union of India, AIR 1979 SC 1868.

[97] 同上，p.1870。

[98] 同上，此案未决。因为在听审期间，政府保证不再适用这些规定，要撤销这些规定。

[99] Gurdial Kaur v. Mangal Singh, AIR 1968 Punjab 396,398.迄今最高决。

[100] 现在回过头来看，当初宪法制定者在第 15 条(1)中坚持加上“仅仅”(only)一词还是值得赞赏的。

[101] Archibald Cox, Role of the Supreme Court in American Government (London, New York: Oxford University Press, 1976), pp. 63-64.

[102] 例如:Wygant v. Jackson Bd. Of Education, 106 S. Ct. 1842 (1986); Local No. 93, Itern. Ass’n of Firefighters, AFL - CIO C. L. C. v. City of Cleveland, 106 S. Ct. 3063 (1986); Local 28 of Sheet Metal Workers Intern. Ass’n v. Eeoc, 106 S. Ct. 3019 (1986); United Stated v. Paradise, 107 S. Ct1053(1987).

[103] 伦奎斯特法官持不同意见,见 United Steelworkers of America, AFL-CIO C.L,C.v. Weber, 443 U.S.193,254（1979）。

[104] Regents of the University of California v. Bakke, 438 U.S. 265, 407（1978）.

[105] 第 15 条(3),15 条(4),16 条(4),见附录 3。对此有各种各样的叫法：“特殊对待”、“特许”、“特权”、“特供”、“优待”、“保护性区别对待”、“补偿性区别对待”等等。马克·加兰特尔和帕曼兰德·辛格意见一致,都倾向于“补偿性区别对待”一词,这是对的。Galanter, Competing Equalities, p.3.

[106] K.C.V.Kumarv.Stateof Karnataka, AIR 1985 SC 1495,1507.保留范围激起了激烈的争论，有的保留范围已超过了 50%。根据最近卡纳塔克邦政府的一个保留计划，该邦不少于 89%的人口都将贴上表列种姓或“落后”阶层的标签。

[107] 同上。

[108] 见 Polyviou,EqualProtection,另据特赖布的观点，“良性区别对待的决定还会使政府陷入哪个集团有权得到优待这样的争论。”Lawrence Tribe, American Constitutional Law (Mineola, N. Y.: Foundation Press, 1978), p. 1049-1050.

[109] State of Kerdav. K.N.M.Thomas, AIR 1976 SC 490,531（克里希纳·耶尔法官)。“号称的良性区别对待可能掩盖有意的不良歧视”(见 Tribe, American Constitutional Law, pp.1049—1050）。

[110] 参见注[102]中提到的那些案件。

[111] Galanter, Competing Equalities, p.39.

[112] Douglas, Wethe Judges, p.426.

[113] 见 Griffin v. Illinois,351 U.S. 12（1956），判决认为穷困

的上诉人有权免费得到一份审判的副本，因为这对上诉来说必不可少，而且他的要求也与一项基本权利有涉。在 Douglas v. California, 372 U.S.353(1963)一案中,平等保护分析被用于保证其在定罪后和上诉时有获得律师帮助的权利。

[114] AIR 1975 SC 1331,1351—1352.

[115] Bandhua Mukti Morcha v. Union of India, AIR 1984 SC 802, 839.

[116] AIR 1978 SC 1548, 1554；见 Anthony Lewis, Gideon's Trumpet (New York: Vintage Books,1964).

[117]有几个邦的法律援助委员会不顾资金限制，做了许多有益的工作。

[118] People's Union for Democratic Rights v. Union of India, AIR 1982 SC 1473, 1483; S. P. Gupta v. Union of India AIR 1982 SC 149, 194-195.

[119] 这被称为法院的书信管辖，亦未免于批评。

[120] AIR 1981 SC 746,753,美国宪法中没有类似条文。但是纽约州宪法（1936）第 17 条第一款规定：“对贫困者的帮助、关怀和支持是公共事务，应由州及……其下级提供。”纽约上诉法院据此判决，对贫困的未成年人从州或地方政府处获得经济援助的权利设置程序障碍的州法无效。见 Tucker v.Toia，43N.Y.2dl（1977）。

[121] Upendra Baxi, "Taking Suffering Seriously" Delhi Law Review (1979-80), p. 91.

[122] Pradeep Jain v. Union, AIR 1984 SC 1420. 1432.

五 财产权与经济活动自由

安东尼・奥格斯

在人类事务中，一部宪法存续了两百年之久是非同凡响的。美国人民确有理由为此而骄傲：这一整套原则和价值，不仅一直合乎义理，生机勃勃，而且适应了一系列始于十八世纪末的、技术的、法律的、经济的、社会的以及人口统计学意义上的巨变。

研究美国宪法之于别国法律制度的影响，存在一些实质性的困难。首先，是否坦白承认这种影响存在很可能要受到种种政治因素的限制。国家的标志就是独立，一国之典章制度，要从其本土的文化传统，即所谓民族精神中汲取合法性。对外国观念的接受，常常藏藏掖掖，这样就需要有历史学家的知识和技艺，来对此种现象进行探究和评价。再者，宪法和其它种类的法律文件不太一样，它可能只是以一种象征或雄辩的方式起作用，一国法律可以接受另一国宪法的文字或理想，但其运作却可能绝少反映其原型。要鉴别真实的而非名义上的影响，就需对两国的司法和政治实践有一个熟稔的了解。

本文主要探讨的是财产及经济活动自由的保护问题，这样困难就更多了。美国宪法所确认的大多数权利都是“个人的”，与人的自由和尊严有关。人们普遍认为，不管一国特定的政治经济制度如何，这些权利都应受到确认和保护，就像联合国 1948 年颁布的《世界人权宣言》，以及其它文件所表明的那样。我们将看到，在一定程度上，对财产的权利可以被认为足以与这个意义上的个人自治紧密关联。但是，至于什么才算是“财产”，则只能在特定的政治经济制度中才能确定，而对于所谓“经济活动自由”则更是如此。因而美利坚合众国对个人权利的系统表述，虽已明显地对其它国家的法制产生了重大影响，但有些国家并未全盘接受美国的价值体系，对那些深深根植于还远未被普遍接受的经济意识形态中的权利，我们在下结论时要更加小心谨慎。这样一来，在很多地方，本文将不可避免地从评估美式原则在域外的接受情况移开，转而探讨不同的价值体系是如何决定不同的宪法保护方式这方面的问题。

对财产的保护

财产的概念

法律上的财产概念指的是人与资源之间的关系。财产权使得拥有者能对资源的使用、消费和移转做出决定。至于哪些资源可以被用于这些目的，在各个法律制度中则千差万别，而特别要取决于文化价值（比如一个人能否对他人的行为做出决定）和技术发展状况（哪些资源能用于生产和交易）。界定和表述不动产（土地）和动产这两种财产的规则在法律上要相对简单些，因为它们都是有形的。无形财产也有一些共同的形式（著作权、商标），但是这种分类不利于形成可操作的定义。原因是“财产”一词经常被当作一个方便的语言工具把一系列的事实状态和法律上的规范结论连接起来。[1] 这样，我们说某人对他（她）的个人财产有“财产权”，就意味着其中还存在

着某种防止他人攫取和利用的救济在内。查尔斯 ·赖克大约二十多年前对“ 新财产 ”[2]的阐述同样可以作如是解：他用“ 财产 ” 一词表示生计艰难者与福利利益的关系，只不过是为了强调那些（他认为）应当做得到的措施的力量。在美国法律制度中，这个语言工具使宪法论辩得以展开。显然，将此例用于比较时要千万小心，因为这里有一个同义反复问题：在许多国家，宪法也保护“ 财产 ”，但是什么是“ 财产 ” 却取决于什么被给予（或应当被给予）宪法保护。

保护财产的正当理由

人们为着自己的目的而拥有和使用财产的权利，可以从两个互相独立但彼此关联的观点来看。第一个包含了康德关于个人自治的观念：“ 显而易见，确认财产权是划定一个保护我们免于压迫的私人领域的第一步。 ” [3]财产是自由的基本要素，从而对于作为道德存在的人的自我表现也是必不可少的。从这个意义上说，它是一种不可剥夺的“ 自然 ” 权利，从洛克到诺齐克的政治哲学都将其奉为神圣。

第二个观点实质上是功利主义的。这里财产被视为促进经济福利和社会的效率的一个不可或缺的工具。若对人们的劳动果实不加保护，人们就会丧失生产的动力。而一个包含有自由转让权的产权制度又会保证社会资源流到被估价最高的用途上去，使社会效用最大化。[4]私人产权对自然资源的过度利用也会产生制约作用，如果这些资源是公有的，过度利用就可能发生，“ 公产的悲剧 ” 就是指没有一个人有动力保养资源，以利将来的使用消费。[5]

上述第一个观点，显而易见曾大大激发过美国宪法的缔造者们，特别是在第五修正案的制订中体现良多，与此同时的 1789 年法国《人和公民权利宣言》也是如此，别的许多宪法文件也都吸取了这一点。不管其原型是取自美国还是法国，或是直接源于其它政治或意识形态源泉，许多宪法都对私有财产的神圣不可侵犯有所宣示。1956 年的一项调查显示，在当时有效的宪法中，有 44 个载明了这样的条款，而且这个统计有人认为还不是很完全。[6]当然，这些统计也不包括像英国这样的法律体系，那里权利特见于习惯法或法官造法，而不是成文的宪法文件。

限制财产权的正当理由

要找干涉财产权的功利主义理由并不很难，就像功利主义同时也能肯定这些权利是正当的一样。即使信奉财产权的强概念及其不可剥夺性的制度，也会出现必须限制财产权的情形，因为市场失灵会阻碍社会福利目标的实现，其中最为重要的是在出现了外部效应的场合（外部效应指强加在别人身上的成本没有完全反映在所生产的物品或服务的价格上）。

当然，也有一些管制对所有权和财产运用的理由并非出自功利主义和自由主义的信条，而是源于意识形态的观念。从社会的富有层向贫穷层进行资源再分配，是二十世纪许多工业化社会的一项国策，而达到这一再分配目标的必不可少的手段，显著的是征税，将不可避免地侵犯到财产权的绝对性。有些法律制度——不限于那些或多或少建立在马克思主义的意识形态之上的——对财产进行高度的公共控制。在许多国家，国家计划被认为是发展经济

所必不可少的，而不管是否向公有制过渡，计划都会影响到私有财产。

所以，目下的任务将是弄清楚不同的法律制度，是如何在意识到的干预措施的需要和财产的宪法保护之间进行协调的。我们对于财产的自然权利学说的明显信奉不会将我们引向很远，因为，正像克鲁泽所说的那样：

财产权的无条件的不可剥夺性只是一句豪言壮语，在革命的狂热和宪法的曙光中，人们很容易在屋顶上为它呐喊，但是事后冷静下来，真要实践它却几乎是不可能的。[7]

财产的征用：自由主义传统

从来没有哪个制度否认过政府的征用权，重要的是征用的法律限制。美国宪法有关财产权保护的核心是第五修正案，“ 未经法律正当程序不得剥夺任何人的生命、自由或财产；凡私产，非有公正补偿，不得收为公有 ”；另外后面的第十四条修正案，适用于州的，规定：“ 各州不得未经正当法律程序，即行剥夺任何人的生命、自由或财产。 ”这些条文包含着两个意思。“ 正当程序 ”的要求，通过法律和插入听证会或类似程序，明显地与防止行政权力的任意行使有关。这样，第五修正案就重申了深埋于普通法传统之中的、可以从大宪章算起的对程序价值的看重。[8]当代美国最高法院的法理就反映并发展了这个传统。[9]但是有大约 40 年时间，在一个后来被称为“ 实质性正当程序 ”的理论指引下，最高法院从正当程序条款中引申出一些更严格的限制及更广泛的司法审查权力。[10]“ 正当程序 ”被等同于一切“ 合理的 ”东西，这样对财产的剥夺或管制（财产本身就被宽泛地理解了），就很可能遭到法院的反对，只要法院认为干预所要维护的公共利益是不被允许的（除了公共健康、安全或道德外），或者这种利益超过了个人所受的损失。[11]这个理论在三十年代就被舍弃了。[12]只有对“ 正当程序 ”条款的纯程序解释延续了下来。[13]

第二个要件是对征收要进行“ 公正补偿 ”，这控制着政府的征用权力；不过这一点没有遭遇到正当程序条款所经历的解释上的变迁。其实对抗政府的一系列干预，这一条可能是一个很有力的武器，并且在现代“ 征用 ”及“ 财产 ”的概念实际上已被赋予了更广泛的含义，[14]已不限于那些有形的占用和侵犯了。有种传统理论认为，只要管制导致财产任何重大贬值，都构成征用，都应进行公正补偿。[15]而另一理论则认为，对于被认为是为保护或促进全体福利——现在的理解也很宽——是必不可少的法律，并不能要求补偿。[16]

正当程序

其它国家的宪法制订者对因袭“ 正当程序 ”一词并不是很情愿。1955 年发表的一个研究报告说，有几个国家（值得注意的是澳大利亚、爱尔兰及印度）曾积极地考虑过引进“ 正当程序 ”可能性，但最终还是否决了。[17]但这种抵制并不是针对作为合法性和公正程序要求的正当程序而来的（1789 年法国人权宣言中就已有类似观念，它要求公共征用的必要性须是“ 合法确定的 ”）；[18]而是美国最高法院 1937 年以前关于“ 实质性正当程序 ”的独特经验，引起了这些国家对过度膨胀的司法权及阻碍社会改革的恐惧。另外

还有来自威斯敏斯特模式的竞争性影响，在这种模式中，国会立法对管制或征用来说，是必经的但也是充分的程序性条件。[19]

公正补偿

在威斯敏斯特模式中，补偿并不是一项宪法权利；只有一个公认从未偏离过的惯例存在，那就是立法者若要行使主权进行征用，它就必须提供补偿。《欧洲人权公约》的第一议定书规定保护财产权，但没有把补偿义务包括进去，然而 1985 年欧洲人权法院却认为，英国在对钢铁厂进行国有化时没有给予充分补偿，违反了《欧洲人权公约》。[20]补偿的“充分”、“公正”、“合理”，是司法或准司法机关判定的事，现在也写进了大多数工业化国家的宪法，[21]尽管对什么才算是“充分”、“公正”、“合理”的补偿，解释也各不相同——比方说，估算财产的市场价值应以什么日期为准，以及财产的价值中是否要包括一个代表原主的主观评价的因素，或是包括财产作为一个正在经营中的商行的一部分所具有的价值。[22]

不同的法律体系对什么算是私有财产并因此受宪法保护有很不同的看法。[23]有些法律体系把土地视为一种特殊的资源；因为土地的供给是有限的，其所有人可凭此行使垄断权力获取财富。对于一个处于特定的经济发展阶段的特定社会来说，这种财富可能是太过分了。一个可能的反应就是国有化。联邦德国的政治意识形态并不算很激进，其宪法第 15 条也规定：“土地、自然资源和生产资料可以为了社会化的目的而转为公有或其它形式的公共控制经济。”补偿虽是宪法义务，但至少在一定程度上可以被规避，因为土地开发须取得公共权力机关的许可。在这种情况下，土地的一部分资本化价值，常被称为“开发价值”的，事实上到不了私人地主手中，而会归于社会。这样，如果土地是为了公用而被征用，从逻辑上说，原所有人就只能在土地的现有用途基础上取得补偿，对其开发潜力无权染指。[24]有些工业化国家已经采用了这种方式，[25]包括英国，[26]但这与美国宪法的精神及解释是相背离的。在美国，并不认为联邦政府和各州政府对土地有一种压倒性的、优先的权利。由此看来

> 开发权是这种财产的价值的重要组成部分，因为它也是这种财产的用途之一。因此，开发权是有潜在价值的，甚至是可以转让的商品，不可等闲视之。[27]

财产的没收：社会化和土地改革

上述自由主义方式，体现了个人财产权的神圣性质，和自然法有共同的渊源，也是大多数西方工业化民主社会所共同遵循的。美国《人权法案》是这种思想的一个定型化表述；其它法律体系虽没有亦步亦趋，也得到了类似的结论。区别是细节上的，其根本并无二致。尚未工业化的国家，尤其是拉丁美洲国家，它们的早期宪法受到美国模式的影响，在历史的某个阶段曾采取经济自由主义，推崇个人权利，但是经济困境总是或迟或早地要求其宪法观念的改变。在美国，征用财产的公共目的实际上是不受限制的，甚至包括为保存审美价值而征用。在当代，特别有趣的是，事实上，美国宪法也没有把土地改革排除在“公用”之外。当然公正补偿的要求是不能回避的。在其

它国家，农业改革和土地改革已成为公认的发展经济的必由之路——铲除土地占有的障碍，把地权分给农民和村社鼓励耕种，重整地块提高效率，引进新的耕作灌溉制度等等。[28]从理论上说，用不着抛弃自由主义模式无疑也能达到这些目标，但是，这些国家一般都没有足够的资金进行“完全”补偿，倘若严格适用“正当程序”，有可能对发展造成严重阻碍。更要命的还是政治因素：地主的权力与他们手中的田产难分难解地纠结在一块，而鼓舞宪法变革的革命精神又常常是对准这些权力源的。

我们可以用三个例子说明对自由主义模式的偏离，前两个是拉丁美洲的，第三个是欧洲的。从 1853 年开始，哥伦比亚的接连几部宪法都宣称保护私人所有权，规定“为了立法机关所确定的公用事业或社会利益的缘故，可以进行征收，但须通过司法判决并进行事先补偿”(现行宪法第 36 条)。“事先补偿”的要求就成为哥伦比亚土地改革的一个大障碍。1936 年新增了一条：“但是，立法机关出于公平缘故，有权决定对某些征收不进行补偿，但须由两院议员以绝对多数表决通过。”[29]从此以后土地改革通过司法解释得到了加强。在 1964 年的一个判决中，哥伦比亚最高法院宣布，1936 年修正案引入了“所有权的社会功能……所有权要服从于共同体利益，宪法对财产权保护要以权利符合共同体的需要的程度为条件。”[30]最高法院认为，这必然影响到对补偿要求的司法解释。“运用使人想起约翰·马歇尔的语言逻辑”，[31]最高法院论证道，因为宪法并没有要求补偿用现金支付，故而付给政府债券也就足够了，并且“对那些占有土地超出其社会功能绩效的人来说，这已经够慷慨大方的了。”

墨西哥的法制发展过程给我们提供了第二个例证。[32]墨西哥的土改没有采用土地国有化方式，而是以多种方式把土地分给个人或团体。为了进行大规模的分配，大量征收就成为必不可少的事。墨西哥宪法（第 27 条）消除了最主要的困难：“国境以内的土地和水体的原始所有权归国家所有，国家往常、现在都有权将其权利转归私人，形成私有财产。”征收最终成为私有财产的那些东西不能不付“补偿金”，但此前的征收从逻辑上讲就不在这个要求之列。而实际上，墨西哥的大部分土地改革也并未包括补偿。[33]

意大利的例子，是自由主义传统与拉丁美洲国家对其无拘无束的背离之间的一个有趣的折衷。[34]意大利的南部很不发达，斯特拉西奥土地改革中没收了大片田产，由一个政府机构管理，分配给无地雇工和其它农民。意大利 1948 年宪法的第 42 条宣布保护私有财产，并规定只有在有补偿的情况下才授予征收权，但宪法第 44 条又提前把主要的干预措施都合法化了：

> 为了合理地垦种土地，建立公正的社会关系，法律得对私有地产设置义务及限制；根据行政区划和农业区域限定其延伸；倡导和施行荒地复垦，大地产的改造，生产单位的重组。

毫无疑问，这一条非常宽泛，必定会影响到对第 42 条的解释以及补偿要求。随之而来的土地改革对被征收的土地支付了赔偿金，但只是以原主 1947 年所纳税金为依据计算的，很多不真实，而且这也不能反映 1947 年以后的投资价值。[35]这样一来，其结果就不只是自由主义传统和社会主义传统的折衷了，它还反映了共产党和天主教民主党这两个势均力敌的政党之间在互相竞争的政治诉求上的妥协。

管制或者征收

每个法律体系中都有一大堆立法管制财产或其公共用途，比如安全和健康。那么又有哪些宪法限制来驾驭这种警察权呢？在美国，对实施这些计划的权力并没有什么有效的限制。但是在几个案例中，当管制构成一项实质上的“ 征收 ”时，法院判定可以援用宪法第五修正案及第十四修正案要求补偿。无需补偿的“ 管制 ”和需要补偿的“ 征收 ”区别何在，并不总是那么容易确定的，尤其是在政府未剥夺财产的所有权，或未在这个词的通常意义上使用它的时候。是否需要补偿根据以下几个标准确定 ：一是财产贬值的程度 ;[36]二是算算账,比较管制所能带来的假设的公共收益和私人损失孰大孰小 ;[37]三是看采取管制行动是不是为了执行独特的公共职能（比如军事行动）。[38]

其它国家的政府可能已发现，把管制纳入宪法对财产的保护并不是很难。瑞士宪法中也有与第五修正案类似的条款，但从第一次世界大战前以来的一长串事例表明，立法机关可以在不违反财产保护的情况下，制定一般性的法律，以保护公共健康、安全和秩序。[39]这一结论的理论依据是财产权的享有本来就要受制于一个隐含的前提，那就是它不能损害到公共的健康、安全和秩序。在某些宪法中，赋予财产所有者交互义务的意思表现得很明显，这样就便利了管制。联邦德国宪法在规定了对财产的保护后紧接着有一条（第 14 条（2））：“ 财产权负有义务，其使用应有利于公共福利。 ”日本宪法、[40]爱尔兰共和国宪法[41]也认为需要调和私有产权和公共福利需要之间的矛盾。处理这个问题的一个更直接的方法，是运用宪法明确授于立法机关的警察权。警察权的范围可能极为含糊不清（比如所谓服务于“ 和平、秩序及良好政体 ”），[42]不过没有证据表明这阻碍了管制，如果宪法中不包含权利法案，像澳大利亚宪法那样。[43]有时候，这一权力又被升级为一项同样含混的义务，像日本（“ 国家得致力于提高和推广……公共健康 ”（第 25 条））和印度（“ 国家有义务……促进公共健康 ”（第 47 条））。各国在发展清洁环境的宪法权利方面进展缓慢；大概只有意大利是最靠前的，其宪法确认健康是“ 一项基本个人权利 ”，共和国有义务“ 保护风景及民族的历史和艺术遗产 ”（分别见第 32 条、第 9 条）。

征 税

照字面上讲，征税当然也是对财产的征收；同样显而易见的是，没有哪个组织起来的社会用不着征税就能运转。不过这无妨有些极端自由意志论者以自然权利为由反对征税。“ 对劳动成果收税无异于强迫劳动 ”，罗伯特 · 诺齐克[44]说，“ 某人情愿工作时间长些，好在■口之外再多赚点，是因为比起不工作时的闲暇和活动来，他更喜欢其它一些额外的物品和服务……如果对一种税收制度来说，为了救济贫弱者而剥夺一个人的闲暇（强迫他劳动）是非法的，那么一个税收制度为了同样的目的而攫取一个人的物品，又怎么能是合法的呢？ ”在一篇有名的论文里，爱泼斯坦也是从类似的出发点（税收是一种征收）开始论证的，但他同时指出这种宪法论辩会引出荒谬的结论——取之于哪个人的，必须作为“ 补偿 ”还之于那个人。[45]他企图寻求一个中庸之道，允许对征税权进行有限的宪法监控。他详述了一种“ 不对称影响 ”的检验方式，可能会谴责对原油这样的特殊商品征暴利税。

这些理论上的争鸣可能很重要，但迄今为止，对美国的宪法实践却鲜有

影响。最高法院已经在国家征用权和征税权之间划出了明确的界限。[46]也许还有其它宪法上的理由对税收提出异议，但说它是对财产的无补偿的征收却肯定不在其中。用不着惊奇，其它法律体系也大致如此。在别的联邦制国家，有关征税权的宪法条文，明确地把这种权力垂直划分为联邦政府的和州（邦）政府的。有时候把征税权和财产保护并列在一块；因此印度宪法又规定，保护财产的条文“不适用于与税收、罚款有关的法律”（第31条之（5））。更典型的是，司法解释中也得出同样的结论。[47]

经济活动自由

经济活动自由的含义

经常听人们谈到经济活动自由（或企业自由），但在美国及其它普通法国家，其外延还远未廓清。原因可能是英美法的法理还不习惯把经济活动的概念当作一个紧凑的法律题目，所以坚持使用那些传统的概念，比如合同和财产。其它国家的法律学说可不这么束手束脚，它们有时候把用于商业决策的法律框架统称为“市场法”。[48]由此看来，若把分散型的经济体制的主要组成部分划为几大“自由”可能是很有用的，但这又是潜在的政府干预的对象。[49]首先是创设自由——你有权建立一个场所，进入一个市场，无需正式许可就从事一项活动。第二，竞争的自由，不光意味着你能招徕顾客，你也可以把竞争对手挤出市场，使他们蒙受经济上的损失。消费自由和市场的另一面有关——自由选择商品、服务及消费条件。合同自由允许当事人选择交易对手及交易内容。最后，结社自由，这一点尽管经常指劳工的集体行动，但也有其商业上的含义：个人和经济单位有权组建公司及其它经济联合体。

政治经济制度和宪法

对财产某种程度上的保护是任何法律制度中都会有的一个方面，但经济活动的自由是另外一码事；个人和企业不受国家干预的拘束而自由从事经济活动的程度，必然和该国的政治经济意识形态的原则紧密相关。意识形态和政府政策的范围很广，但我们可以把它在一个“序谱”上显示出来，一端是自由私人企业经济，另一端是国家对生产过程的全面控制，在两个极端之间是不同程度和形式的政府控制。[50]一旦离开自由企业模式，以立法管制形式实行的控制就出现了——比如设立安全标准，或对利率和价格进行限制。更进一步，公共权力机构还可以通过发放执照和许可证限制经济活动。一旦走向全面控制，就会出现各种各样的公共经营形式：国家可以持有私人企业的股份，对经营管理施加影响；可以建立国有公司，在市场上与私人公司一起竞争；最后，国家也可以把所有生产资料变为公有，形成垄断。

不管采用何种公私企业的混合形式，法律监控的作用都不容忽视。在一个层面上，监控对混合原则的确定、保证它不被滥用以及确保它完成预期目标都是必不可少的。这样，就必须以卓有成效的反托拉斯措施支持一个主要是建立在市场竞争基础上的策略。这样，在进行管制的时候，标准的制订和

实施都会受法律监督。至于公有企业，其经营和财务可用法律规范进行约束，而法律规范则体现一定程度的民主负责。在另一层面上，与本研究更为密切的，是法律自身就可限定公有企业和私有企业各自的作用。这样，倘若经济活动自由被视为一项“自然权利”，宪法就可以或明或暗地要求，对其背离应当提出正当理由。[51]评价这些正当理由的标准，在宪法中可以泛泛提到，而由司法解释去引申发展。这样，以“全体经济福利”为由的干预，就可认为含有通常经济学配置效率的意味；论证还可以用市场失灵的概念进行，包括由公共物品和其它外部性、巨大的交易费用、严重的信息缺乏、自然垄断等等引起的市场失灵。[52]要是“社会正义”是一个宪法认可的目标，那么对那些被社会所剥夺的个人和团体进行再分配正合适。这种宪法监控还可以更进一步，不光是干预目标的合法性，其结果的有效性也可能受到质疑。这就为反对者打开了大门，他们会说，操作某种管制体制的执行成本已大大超过了效率所得；或者，从干预中实际得到好处的并不是当初想要为之造福的人。

设置这种宪法模式有一个启发性的好处。它向人们表明各机构特别是法院，还需要些什么，来实施这些政治上可行、技术上复杂的规定。很少有哪个国家的法官有能力吸收我们刚才设想的那些种论证，有能力在这些论证的基础上得出可信赖的判决。即使有这样的法官，也不清楚这些不直接负民主责任的人是否应拥有这种支配权。一句话，我们必须承认司法能力有限。[53]批评家们经常对宪法所牢固树立的权利及立法的司法审查权下这种断语。[54]但是，经济自由在这一点上与宪法所维护的其它自由不同，这种论点倒可以一辩。那些自由与人的尊严连得更紧，而人的尊严在康德的价值等级上占有优先地位；对它们的保护要求实质上的定性判决，而关于经济活动自由，与此相对的，我们的模式则要求法官完成量上的任务。

考虑到这些情况，对宪法（不只是美国宪法）在经济活动自由问题上出奇的缄默，以及对美国影响的接受潜力的相应下降，我们就不会感到惊奇了。

“自由国家”的宪法假定

在考察经济活动自由的诸种因素之前，我们先应退后一步，问一下在美国宪法传统中，有没有潜在的价值观念给经济活动问题一个一般性的回答；还要问一问，这样的价值观念在其它宪法传统里是否存在。现成的研究对象是经常被称为“自由主义”的那一套价值观念，它可能支持这样的观点，即《人权法案》是建立在“自由国家”的概念之上的，故也应由此解释之。

现在我们马上就碰到了一个难题：给“自由主义”一词下定义。曾经鼓舞着合众国的缔造者们争取独立、建立宪法秩序的那种理想，就曾被描述为“自由主义的”。在这个意义上，“自由主义”在关注个人自由和权利方面，和英国的辉格党教义及欧洲大陆的自由主义（liberalisme）并无二致。[55]然时至今日，这种关注已扩展到经济领域，几乎对所有的干预措施都心怀敌意，或许称之为“自由至上主义（Libertarianism）”更恰当些。这一套价值观念在奉行实质性正当程序的年代曾激励过美国最高法院，最近在新右派学说（New Rights school）中又有所复兴，[56]不过在美国及其它国家的现行宪法理论中它们并不占多大位置。自由主义，这个词在当代语言中的用法意味着一种自由和平等之间的妥协。这一点罗尔斯总结得最好：“自由市场

体制必须限定在调整经济事务的大局和保持对机会平等必不可少的社会条件的政治法律制度的框架中。”[57]

倘若如此理解的话，在美国关于“自由国家”的法学理论中就有一种宪法上的假定，它既考虑到经济活动的自由，又允许对这种自由进行正当的限制，比如，为了排除性别和种族歧视，或促进社会福利的工资和法律方面的公共政策，等等。在精神实质上，其它西方工业化国家的宪法理论也有同样的假定，不时明确提及。下面一段文字是从联邦德国宪法法院的一个重要判例中摘取的：

> 在现代自由国家，对于究竟以何等经济社会政策及何种特定措施服务于公共利益，总会有种种不同见解存在。在不得不对社会生活进行干预的现代国家，政治妥协大抵是免不了的，不应以宪法上的理由否决之。[58]

对自由国家的信奉经常被用来作为不同政治利益妥协的理由，或用作对经济立法不实行司法审查的理由。这种处理方法是西欧法律制度所特有的，就是在不提“自由主义”的地方也是如此。对此用不着大惊小怪，因为在欧洲，“自由主义者”还保持着自己古老的政治—意识形态联盟。[59]

美国《人权法案》没有提到就业自由，但是最高法院在受自由放任思想影响之时，认为这也是宪法第五和第十四修正案所保护“自由”的一个组成部分。[60]但潮流逆转，法院转而支持对许多职业发放执照。[61]在大多数情形下，这可以诉诸警察权而无争议地完成。因为发放执照的程序主要与建立从业最低标准有关，因此可以看作于公众的健康与安全是合理的且必不可少的。然而，有一些关于执照的立法与其说是为了促进公共福利目标，还不如说是为了保护有执照的人免受竞争威胁。[62]若能证明发放执照的条件与该法所要维护的公共利益目标南辕北辙，则可认定其违宪，然从本世纪三十年代以来，要使联邦法院确信在每一例都是如此，殊非易事。[63]州法院对此更容易接纳一些。比如伊利诺斯州最高法院就曾认定，管道工执照法的要求是武断的和不现实的，而且还授权否认人们有从事合法活动的权利。[64]

执照制度在很多国家呈激增趋势。[65]有些国家像法国[66]和联邦德国，[67]对持照才能从事的活动有巨细无遗的分类。个人自由与公共利益的潜在冲突偶而会明文著于宪法。日本宪法规定：“任何人在不违反公众福利的范围内，都有选择职业……之自由。”（第 22 条）。在德国，根据宪法，“所有德国人都有权自主择业”但“法律可对从业进行管理”（第 12 条之[1]）。联邦宪法法院在这两条之间寻求平衡的努力产生了丰富的判例，几与美国判例相仿佛。在 1958 年的一个重要判例中，联邦宪法法院宣称：

> 人的个性自由是最高价值准则，它包括尽可能自主地选择职业……。
>
> 这种自由只能在维护公共福祉不可或缺的程度上，才能有所限制。[68]

要满足这一标准，发放执照的条件须与各行各业需要的能力目标有合理的关系。与服务市场的性质有关的条件经常受到怀疑，因为其动机也可能是限制进入。[69]

相反，在发展中国家，限制竞争却通常被视为执照制度的一个合适不过的正当理由。执照制度是全盘经济计划制度的一部分，从资源有限这一点看来，这些计划都是必要的。印度的《工业（发展与管理）法》（1951）调整三十多个主要产业部门，这些产业部门里的所有企业都必须持有政府颁发的执照。《肯尼亚贸易许可法》（1967）的影响更是无所不至：统治所有商业

活动，禁止任何无照营业。东非的这类立法被用于歧视亚裔少数民族，产生了不幸的后果。[70]其它第三世界国家的宪法有时候倒想解决这个问题，但其用语总是足够灵活以给集中控制从业和商务活动留下余地。比如，墨西哥宪法中择业自由的幅度，就受到含混暧昧的公共利益限制的较量：

> 只要合乎法律，不得阻止任何人从事他所选定的专门行业、工商业或其它职业。只有在第三人的权利受到侵犯时，司法判决才可禁止这种自由权的行使，或者整个社会的权益遭到侵犯时……行政命令才可禁止其行使……。各州法律应确定哪些职业只能由有学位的人从事，并设定取得学位的条件及有权发放的机关。（第 4 条）

创设自由的第二个方面与选址有关；企业有权自由选择开办地。美国宪法虽未明定这项权利，但人们可能认为这一点是不言而喻的，即对活动地点的控制就是对宪法第五及第十四修正案所规定的财产或自由权利的剥夺。在 1926 年之前，全面分区制就因此受到抨击，并取得了若干胜利。[71]在 Villege of Euc-lid v.Ambler Realty Co.[72]一案中，最高法院认为，一般而论分区法可以根据警察权，以其提高卫生状况和环境宜人程度而具备正当理由。从那以后分区条例一般会得到维护，并不产生补偿问题。但是，倘使有些特别条款，从这些目标看来，是武断的或不合理的，就有可能被推翻。[73]在其它法律制度中，分区法的合宪性似乎很少会成为一个问题，主要原因是它们不把这当作征用或没收。[74]在企业自由为宪法所保护的地方，将企业自由与分区制在公众福利的基础上协调一致并不很难。瑞士联邦法院始终认为，保证工商业自由的联邦宪法第 31 条，并未授予工商业者以使用某一块土地的自由权利。[75]

选址控制也可能在执照制度中存在。经济计划集中度不高的国家，执照制度必以促进社会福利为由获得存在依据。这样一来，药店的地理分布在这个意义是服务于公共利益的，但旨在保护其不受竞争威胁的措施却可能受到质疑。[76]

最后也应看到，择地建企业的自由也可以得到间接保护。美国宪法关于州际贸易的条款授权国会——有时是法院，若国会保持沉默——取消各州设置的往来壁垒。[77]在其它一些法律制度中，从事商贸的地理自由得到更为明确的确认。最著名是澳大利亚宪法的有关规定：“征收统一关税后，各州之间的贸易、商务、往来……当绝对自由”（第 92 条）。通说以为，这一条款“只在法律或行政法规之运作直接限制了这种贸易、商务和交流时（区别于那种间接的完全可以认为不沾边的障碍）”才可能被违反。[78]

以上简短的概述所表露的、对创建自由的谨慎态度，反映了本文中一个反复出现的主题，那就是宪法对经济活动的性质大体持中立立场。如果一个社会被自由市场之类的话定义了，这一点可能会大为不同。在理论上，欧洲经济共同体正是这样一种状况。《罗马条约》为欧共体宣布了基本法律规范，可看作与我们这儿所谈的宪法类似。其序言阐述了共同体的政治一经济目标，其中一条是“采取共同行动，清除分裂欧洲的壁垒，确保各国的经济社会进步。”共同体法律的主导原则就是“取消成员国之间一切阻止人员、服务、资本自由流动的障碍”（第 3 条（c）），条约还包括贯彻这一原则的具体条款，创建自由就是其中之一。[79]

对此我有两点说明。第一，从理论上看，这些条文对各成员国的国内及相互之间的经济活动有潜在的巨大影响，因为欧洲法院曾经宣布，罗马条约

的基本原则构成人权，各国法院必须保护。[80]第二，现实纷繁各异，所以“ 原则 ”更宜视为“ 目标 ”，而不应看作有约束力的规则。目前有数不清的障碍限制着原则的正确实施，各个障碍单独看起来可能都不算大，但是加起来却实实在在地阻挡着商品和服务的自由流动。[81]这个问题也是宪法对经济活动的保护中所固有的：影响经济活动的现象多种多样——有些可归因于法律，有些则属于其它方面，有些可说是为了“ 公共利益 ”，有些则不然——这些因素使得自由理想的实现，好则是一件无比复杂任务，坏则成为武断任性的勾当。

竞争自由

关于竞争，我们先来听听已故沃尔夫冈 · 弗里德曼先生是怎么说的 :“ 最根本的问题是，在什么程度上，经济竞争……是一个值得为之奋斗的政策目标……。在美国，这个问题几乎从来没人提起过……。压倒性的假定是最大限度地竞争只要是可能的，就是好的。 ” [82]

美国是一个特别看重私人企业价值的社会，这一印象根深蒂固，所以一个外国读者若是得知这一条在宪法中并无反映，肯定会大吃一惊。美国宪法对经济活动的性质未置一词：公有企业进入经济无任何直接的宪法障碍。宪法中没有哪一条禁止各州举办公有企业，联邦政府所拥有的有广泛适用性的权力也可以用于支持公共活动。这是自 1819 年就确定的法律，[83]后来公有公司的出现，像田纳西河流域管理局，则进一步确认了这一点。[84]有人根据宪法第十条修正案认为，因为宪法并未明确授权国会从事此类活动，故此权力应为“ 人民……所保留 ”；不过这种努力未克成功。[85]

其它一些国家的宪法也企图调整公私经济之间的关系，但其条文常常含混不清、模棱两可，使得宪法质疑常被轻易否决。意大利宪法第 41 条就是一个代表性的例证：

> 经济领域中私人企业是自由的。但其经营不得与公共利益相冲突，也不得以有损安全、自由及人的尊严的方式进行。法律将制订适当计划，采取合适的控制手段，使公私经济活动能被引导和协调为社会利益而服务。

这一条像是患了精神分裂症，既支持私人企业自由，又支持对这种自由进行实质限制。第三句好像是说社会利益既是设立公有企业，也是管制私有企业的正当理由，但又未能表明每种方法的合适范围。公私经济如何“ 协调 ”也是不明不白的。[86]至于公有企业的职能，其宪法第 13①条例有所澄清：

> 为了公共利益，对于与重要公用事业或能源来源相联系的某些企业或某些类型的企业，或处于垄断地位的企业，因其均具有显著公共利益，法律可以预先将其保留在国家、公共团体或工人、用户组成的共同体手中，或通过有补偿的征收转移到它们手中。

显而易见，这并不是为了对公有经济部门范围的彻底界定，也从未被看作是这样。

法德两国提供了在这个重要问题上矛盾心理的进一步例证。法国从未明确否认过 1791 年法律——其中宣布了工商业自由原则,在三十年代大萧条之

---

① 应为第 43 条。——译者注

前，行政法院的解释认为该法禁止地方当局设立公有企业，[87]不过从那以后就允许这样做了，只要表明若干“公共利益”的理由就行。[88]至于国有化，1946 年宪法的序言（后并入 1958 年宪法）规定“任何具有或获得国家公用事业或垄断性质的企业都应成为社会公有财产。”但其它国家参与经济的形式未提到。

德国法学家和政治学家，恐怕比其它国家的法学家和政治学家们都更加致力于促进公私部门关系的一致性;他们特地用的那个词——社会市场经济——就显示了一种理想化的均衡。[89]但宪法却采取了一种几乎是完全放任的中立态度。比如，第 15 条允许，但不要求，生产资料转让给公有制或其它形式的公共控制经济。联邦宪法法院在拒绝干预上非常教条。在重要判例投资援助（Investment Aid）一案（1954）中，该法院评论道：“基本法在经济事务上的中立立场仅仅在于这样的事实：即‘制宪权’并没有采纳某种特定的经济制度。这样立法机关就可以在不违背基本法的前提下，实行它认为合乎具体情况的经济政策。”[90]

鉴于第三世界国家与此迥异的经济条件和流行意识形态，使得国家对经济的形形色色的控制，变得如此平淡无奇，以致于连对竞争的宪法自由的讨论看来都无从谈起了。有些宪法毫不脸红地公开提出国家有义务对经济实行计划控制，另外一些，尤其是前英国殖民地，对此却忸怩不肯表态。原因不难猜到。[91]其一和战后德国的情况类似：渴望一种灵活性，而宪法对经济政策持中立态度才好做到灵活性；其二，因为威斯敏斯特模式的宪法结构不涉及社会经济性质的问题，故而制宪者亦可通过因袭故主成例，策略地找寻一些“合法性”。

合同自由及消费自由

出人意料的是，初看上去似乎是合同自由的公开表述原来就写在美国宪法的第一条里。宪法第一条第十款禁止各州（不是国会）通过“损害合同义务”的法律。实际上，当时制定这一条并不是为了保护达成契约订立条款的权力，而是为了防止各州通过法律，严重剥夺当事人实施已成立的合同的救济权利。这一条在内战前的判例中发挥了重大作用，保证了从合同的订立到履行这一段时间里，实施的法律框架不会发生剧烈的变动。[92]后来人们认识到，对于各州自身订立的合同，过宽地适用这一条反而会妨碍州政府权力的运用。特别是这可以使上届议会以合同方式限制其后继者的权力。结果是这一条在解释上受到限制：不允许州立法机关通过合同放弃“行使政府权威的权利，特别是在本质上与政府权威利害攸关的事件中，若由于合同限制了权威行使，无异于放弃了维系社会保证基本职责履行的立法权力。”[93]

对宪法合同条款的限制解释也适用于私人契约。私人之间的合同在很大程度上要受制于国家的警察权已经成为确定的法律。[94]

后来在十九世纪晚期，又有人试图直接运用宪法第五和第十四修正案所规定的正当程序条款维护合同自由。“自由”（liberty）包括合同自由，立法上的干涉——比如对雇佣合同设定一定标准——可能受到质疑，如果法院判决立法是不合理的或立法目的本来就是不允许的。[95]能被允许的立法目的是有限的，并且在解释什么是“合理”的时候，法院可以对丧失自由与干预措施的所谓收益进行权衡。[96]而且断定立法上的措施已超出了国家的警

察权限简直太容易了，这样一来尤其是对价格、利率、工资以及工作时间的管制就可以被宣布为非法。[97]最高法院因此被戏称为“超级立法者”[98]和“美国的经济独裁者。”[99]

随着富兰克林·罗斯福再次连任期内最高法院的改组，“实质正当程序”在最高法院的岁月结束了，几个重大判决都认为新政立法与宪法相容。[100]二十多年后，布莱克法官概括了这一退却：“[我们]断然拒绝回到那个时代：法院以管理工商业的州法可能是不明智的、轻率的或不合某一派思想为由，运用正当程序条款把它们推翻……。不管立法机关是奉行亚当·斯密、赫伯特·斯宾塞、凯恩斯勋爵还是其他什么人的教导，我们一概不闻不问。”[101]

通过对正当程序条款的重新解释，最高法院在 1936 年接受了经济中立立场。其它国家则谨小慎微，防止给人以宪法保护合同自由的暗示。至于保护财产权，美国“实质性正当程序”的经验又使其它法律制度对运用其宪法技术非常抵制。因此不必大惊小怪，你几乎不可能在其它国家的宪法中找到像美国这样对合同自由的维护。相应地，你也找不到对存在于买卖、借贷、保险、住房以及最为普遍的雇佣合同中大量的法定标准的宪法质疑。（当然，管制也可以以其它理由质疑之，比如源于不适当的权力，或其效果有歧视之嫌，但这不在我们现在要讨论的范围之内。）相反地，倒有一些宪法还特别授予立法机关管理职权，以促进经济社会目标的实现；对雇佣合同就常是这样（或许有必要让 Lochner v.New York 一案的幽灵永远安息）。日本宪法第 27 条规定：“工资、工时、休息及其它工作条件的标准由法律确定。不得使用童工。”在墨西哥，最低标准实际上是宪法宣布的（第 123 条）。[102]

由于宪法和法官都不愿以推进合同自由理念为己任，干预措施的反对者又找了其它宪法保护手段对抗政府干预。比如对广告的控制，就曾以违反宪法第一条修正案为由——“剥夺言论或出版之自由”——而受到成功的挑战。在 1975 年的一个重要判例中，最高法院认为，商业言论也受第一修正案的保护，尽管和其它形式的表达一样，法院也须权衡涉及的私人利益和法规所声称促进的公共利益。[103]但这种保护的基础不再是经济活动本身的自由，而是信息的自由流转；由此说它是消费自由的附属物也不为过，而虚假的或误导性的陈述并不在言论自由条款的保护之内。[104]德国宪法言论自由条款的解释采取了类似方针，[105]但按照《欧洲人权公约》的有关条款，倘若出版者的交流意图被认为附属于赢利目的，则不受保护。[106]

结社自由

随着工业和技术的不断进步，生产和分配的经济单位愈发谁也离不开谁了。这种相互依赖性需要法律关系的保证。在一个简单的世界上，只有合同也就够了；但这一阶段很快就被建立更复杂的管理结构（公司、合伙、信托等等）的需要逾越了。这就产生了三个有宪法意义的问题：一个人有没有为经济目的与他人结社这种受保护的权利？这种团体能否获得法律人格，享受宪法保护？宪法限不限制社团的形式？

在几乎所有的非社会主义国家，每个人都有权为经济目的与他人结社，这是毋庸置疑的。但是许多宪法（不包括美国宪法）虽明文规定了“结社自由”，从上下文看却很清楚：其首要目的还是保证工人有联合起来与资方谈判工作条件的权利。土耳其宪法是个例外，它规定人们有权自由组建私人企

业，并且“国家应采取必要措施，确保私人企业在安全稳定的环境中运转。”[107]按照传统英国法（出口到殖民地）组建公司需要最高主权者颁发特许状，[108]这似乎是提出了要求宪法管制的问题。美国宪法的制定者们显然考虑过这档子事，但决定不做明文规定，因为先前已决议国会可根据其广泛的立法权力以及为执行列举的权力而为一切必要、可能之事的权力授权组建公司。[109]法律史学者赫斯特进一步说明，在成文宪法的形成年代，人们尚未预见到那些始于十九世纪末的私人企业引起的社会经济问题。[110]不过这不能说明为什么后来制订的那些宪法也对此保持沉默。比如意大利宪法在社会经济活动问题上的规定比大多数宪法明确详尽，但也只限于提出了控制私人企业、保证工人参与企业管理的公共利益方面的理由（第 46 条）。

在美国，司法解释已越来越清楚地表明，公司是“人”，也应受到宪法保护。[111]这对经济活动自由来说意义非凡，因为它把公司置于宪法第五和第十四修正案的广泛保护之下。不过这很难成为其它法律制度效法的对象。若权利仅仅是赋予“公民”的，经济组织何以能享受这些权利，就难以理解了，尽管有些国家出于某种考虑，也把国内公司视为公民。倘若保护是赋予“个人”的，也会发生这个问题。另一方面，如果权利只能为“人”所有，视国内法将法律人格赋予组织的程度，解释上亦可推论应涵盖之。[112]但是更常见的是，这个问题不容有一个统一的解决办法，法院更关心的是考查权利的性质，看宪法制定者是否有意把保护伞张到自然人以外的“人”头上。比如，按照《欧洲人权公约》，法人有受到公正审判的权利，有和平地占有财产的权利，但无受教育的权利。[113]

立法机关有权规定、限制社团的形式，这一点世所公认，在宪法上也无可争辩。个人和团体有权自由结社，但这只是一种从一系列特别限定及高度管制的形式中选择一种形式的自由。从一个层面分析，这是个简单的交易费用——特别是信息费用——问题。想要跟企业打交道的人需要关于企业的性质、内部结构、义务及负债情况等等方面的信息，尽管这些信息都可从私下里得到，但相对每次零星交易而言，集中分类会产生明显的规模经济效应。从另一个层面说，事先规定组织形式和行为模式对实现社会和政治目标也是必要的，不管这社会目标是根据反托拉斯法控制权力和财富的积聚，还是根据健康和安全法规，保护其他人的利益。从宪法的观点看，这个领域里有两种立法权的渊源。历来最吃香的源于法律实体“拟制说”，[114]这种理论认为，法律人格是拟制的，只有通过国家最高当局的意志才能形成。倘如此，则国家无疑可以决定企业的法律框架。这种理论特别在欧洲民法学中根深蒂固，时至今日仍不乏信奉者。[115]商事公司由普遍功用（相对于特权说）而具备合法性是美国十九世纪工业化运动的一个重要成果。[116]对企业的自由化态度越强，对“拟制说”的怀疑也就越深。因此，在这种或有类似思想倾向的法律体系中要使国家对法人形式的控制合理化，还得寻求别种宪法根据。有些国家的立法机关有明确的权力管理社团和企业的活动。而在另一些国家，须从更广泛的警察权力中推出这一点。

结论

本文的涵盖面非常广泛。我的有选择的论述充其量只能得到一些暂时的结论，就这么提出来，我可真有点不踏实。

(1)尽管存在争议,但大体说来美国宪法观念对其它法律体系仍然有重要的影响。工业化民主国家是最易受影响的，具有最大渗透力的，乃是美国法理的制度和结构特点。换言之，是人权法案的概念，而不是其内容，以及审查立法保护这些权利的司法能力，成为其它国家的楷模。在那些法律上盲目照搬《人权法案》的言辞，而对其制度结构无所用心的地方，比如拉丁美洲和非洲，美国模式就没有存活下来。

(2)第五修正案和第十四修正案所例示的对财产的保护,是所有法律制度的共同特点，美国宪法条文并不是什么明显的灵感源泉。保护财产的根基比宪法缔造者们的个人主义、理性主义理想还要深远，而与更为古老的社会秩序的基本要求紧密相连。况且，财产权的定义并不是统一的和稳定的，它更取决于政治和经济的意识形态。

(3)经济活动自由更是与大多数社会视为个体人权基本框架的那一套相去甚远。最明显的是，它经常与集体主义目标发生尖锐冲突，而这些目标却不一定在宪法中表述得很清楚。美国最高法院的“实质性正当程序”法理学对其它国家的法律制度产生了消极影响，对此用不着奇怪，有些宪法的制定者唯恐写进“正当程序”这样的话，因为这可能被用来使干预措施遭到失败。现代美国及其它国家的宪法解释，都倾向于在经济政策问题上保持中立立场。宪法管制的内在困难，在那些试图界定公私企业的不同作用的国家得到了说明，它意味着，过于强硬的态度是不适宜的。

注释

[1] Alf Ross, “Tu-tu,” Harv. L. R(1957), 70:812.

[2] Charles Alan Reich, “The New Property,” YaleL. J. (1964), 73:733. [3] Friedrich Hayek, The Constitution of Liberty (Chicago: Universtity of Chicago Press, 1960), p.140.

[4] Harold Demsetz, “Towards a Theory of Property Rights,” A. Econ. Rev. (Papers and Proceedings), 57:347(1957); Eirik G. Furubotn and Svetozar Pejovich, The Economics of Property Rights(Cambridge, Mass:Ballinger, 1974).

[5] Garrett Hardin, “The Tragedy of the Commons,” Sciences(1968), 162:1243.

[6] F. A. Mann, “Outline of a History of Expropriation,” Law. Q. Rev. (1959), 75:188, n. 9.

[7] Fr. Vinding Kruse, The Right of Property, tr. P. J. Federspeil(London, New York:Oxford University Press, 1939), p. 7.

[8] Edward Coke, Institutes of the Laws of England (london:printed for A. Cooke, 1669), part 2.

[9] Sanford H. Kadish, “Methodology and Criteria in Due Process Adjudi-cation:A Survey and Criticism,” Yale L. J. (1957), 66:314.

[10] B.R.Twiss,Lawyers and Constitution:How Laissez-Faire Came to the Supreme Court(Westport,Conn:Green wood Press,1942);Bernard H.Siegan,Economic Liberties and the Constitution (Chicago:University of Chicago Press,1980),part 2.

[11] Adkins v.Children’s Hospital,261 U.S.525(1923).

[12] West Coast Hotel v.Parrish,300 U.S.379(1937).

[13] 但是，在关系到公民权利和公民自由的领域，仍然可以看到某种类似于“实质性正当程序”的观念促动着最高法院的观点。例如，见，Bolling v.Sharpe,347 U.S.497(1954);Roe v.Wade,410 U.S.113(1973)。

[14] Lawrence Berger,“A Policy Analysis of the Taking Problem,” N.Y.U.L.Rev.(1974),49:165;Joseph L.Sax,“Takings,Private Property and Public Rights,” Yale L.J.(1971),81:149.</PGN0180.TXT/PGN>

[15] Pennsylvania Coal Co.v.Mahon,260 U.S.393(1922).

[16] Goldblatt v.Hempstead,369 U.S.590(1962).

[17] Wallace Mendelson,“Foreign Reactions to American Experience with‘Due Process of law,’”Va.L.Rev. (1955),41:493.

[18] 第17条，已写入1949年宪法及1958年宪法的序言。

[19] Mann,“Outlines of a History of Expropriation,”pp.195-200.

[20] European Commission of Human Rights,Application No.1870/63,Yearbook volume 8,pp.218,226.(1965)

[21] 例如，参见苏俄民法典第69条。

[22] J.F.Garner,ed.,Compensation for Compulsory Purchase (London:United Kingdom National Committee of Comparative Law,1975).

[23]同上。

[10] B. R. Twiss, Lawyers and Constitution: How Laissez-Faire Came to the Supreme Court (Westport, Conn: Green wood Press, 1942); Bernard H. Siegan, Economic Liberties and the Constitution (Chicago: University of Chicago Press, 1980), part 2.

[11] Adkins v. Children’s Hospital, 261 U. S. 525(1923).

[12] West Coast Hotel v. Parrish, 300 U. S. 379(1937).

[13] 但是，在关系到公民权利和公民自由的领域，仍然可以看到某种类似于“实质性正当程序”的观念促动着最高法院的观点。例如，见，Bolling v. Sharpe, 347 U. S. 497 (1954);Roe v. Wade, 410 U. S. 113(1973)。

[14] Lawrence Berger, “A Policy Analysis of the Taking Problem,” N. Y. U. L. Rev. (1974), 49:165; Joseph L. Sax, “Takings, Private Property and Public Rights,” Yale L. J. (1971), 81:149.

[15] Pennsylvania Coal Co. v. Mahon, 260 U. S. 393(1922).

[16] Goldblatt v. Hempstead, 369 U. S. 590(1962).

[17] Wallace Mendelson, “Foreign Reactions to American Experience with ‘Due Process of law,’” Va. L. Rev. (1955), 41:493.

[18] 第17条，已写入1949年宪法及1958年宪法的序言。

[19] Mann, “Outlines of a History of Expropriation,” pp. 195-200.

[20] European Commission of Human Rights, Application No. 1870/63, Yearbook volume 8, pp. 218, 226. (1965)

[21] 例如，参见苏俄民法典第69条。

[22] J. F. Garner, ed., Compensation for Compulsory Purchase (London: United Kingdom National Committee of Comparative Law, 1975).

[23] 同上。

[24] Harrison C.Dunning, "Law and Economic Development in Africa: The Law of Eminent Domain," Col.L. Rev.(1968),68:1286.

[25] Garner, Compensation for Compulsory Purchase.

[26] 在《厄思沃特委员会关于补偿和改善的报告》之后（1942），Cmnd.6386.见，一般地， Keith Davis, Law of Compulsory Purchase and Compensation 3d ed.(London: Buttersworths,1978),chs,15-16。

[27] Per Breitel, Fred F.French Inv.Co., Inc.v.City of New York, 350 N.E.2d 381(1976).

[28] J.R.Thome, "The Process of Land Reform in Latin America, Wisc.L.Rev.(1968),P.9.

[29] 这是专为使荒地转归国家的立法生效而设计的。

[30] 1964 年 12 月 11 日判决，译文见 Kenneth L.Karst and Keith S.Rosenn, Law and Development in Latin America(Berkeley:University of California Press,1975),PP.347—350。

[31] Kenneth L.Karst, "The Colombian Land Reform Law: The Contribution of an Independent Judiciary," Am.J.Comp.L.(1965), 14:118, 120.

[32] 特别参见，Kenneth L.Karst and Norris C.Clement, "Legal Institutions and Development: Lessons from the Mexican Ejido," UCLA L.Rev.(1969),16:281。

[33] Solon Lovett Barraclough, Agrarian Structure in Latin America (Lexington, Mass: Lexington Books,1973).

[34] Russell King,Land Reform:The Italian Experience (London: Buttersworths,1973).

[35] 同上,PP.51—53。

[36] Pennsylvaina Coal Co.v.Mahon.

[37] Turnpike Realty Co.v.Town of Dedham 284 N.E.2d 891(1972).

[38] Portsmouth Co.v,United States,260 U.S.327(1922).

[39] Enrico Riva,"Regulatory Takings in American Law and 'Material Expropriation' in Swiss Law: A Comparison of the Applicable Standards," Urban Lawyer (1984),16:425.

[40] "财产权应由法律确定，以符合公共福利"（第 29 条）。

[41] "国家……在必要时可以运用法律限制上述[财产]权利的行使，使其与共同福利的迫切要求相一致。"（第 43 条[2][2]）

[42] The Queen v.Phillips,44 ALJR 496(1970).

[43] 澳大利亚宪法，第 52 条。

[44] Robert Nozick,Anarchy,State,and Utopia(New York:Basic Books,1974),pp.169—170.

[45] Richard A.Epstein, "Taxation, Regulation and Confiscation," Osgoode Hall L.J.(1982),20:423.

[46] 例如，见 Mugler v.Kansas,123 U.S.623(1887)。

[47] 例如，德国联邦宪法法院在投资援助案中对基本法（德国宪法）第 14 条的解释，4BVerfGE 7（1954）。

[48] UIf Bernitz," Market Law as a Framework for Control of Economic

Activity," in G.Skogh,ed.,Law and Economics:"Report from a symposium in Sweden",Societatis Juridicae Lundensis,no.20.

(1977),pp.17—29；类似的，德国人所说的经济法——见，Reich,Markt und Recht(1977)。

[49] 按照 Bernitz 的分类，见其"Market Law as a Framework for Control"。

[50] 一般地，见，W.Friendmann,ed.,Public and Private Enterprise in Mixed Economies(New York:Columbia University Press,1974);及 W.Friedmann,The State and the Rule of Law in a Mixed Economy (London:Stevens,1971)。

[51] Siegan 在 Economic liberties and the Constitution 中认为美国宪法已经这么做了。

[52] 见 Stephen G.Breyer 的分析；Stephen G.Breyer,Regulation and Its Reform(Cambridge,Mass:Harvard University Press,1982),及 Barry M.Mitnick,The Political Economy of Regulation (New York: Columbia University Press,1980)。

[53] D.Bazelow,"Coping with Technology Through the Legal Process," Cornell L.Rev.(1977),62:817.

[54] Lord Dennis Lloyd of Hampstead,"Do We Need a Bill of Rights?," Mod.L.Rev.(1976),39:121;J.A.G.Griffith,The Politcs of the Judiciary,3d ed.(London:Fontana Press,1985),pp.232—235.

[55] Hayek,The Constitution of Liberty pp.397—409.

[56] Siegan,Economic Liberties and the Constitution.

[57] John Rawls,A Theory of Justice(Cambridge:Belknap Press of Harvard University Press 1971),p.73.又见 R.M.Dworkin,Taking Rights Seriously (Cambridge:Harvard University Press,1978),pp.266—270.

[58] 12BVerfGE 354(1961),大众汽车公司非国有化案，译文见 Walter F.Murphy and Joseph Tanenhaus,Comparative Constitutional law:Cases and Commentaries (New York:St.Martin's Press,1977),pp.280—282.。

[59] Massimo Salvadori,The Liberal Heresy:Origins and Historical Development(New York:St.Martin's Press,1977).

[60] Allgeyer v.Louisiana,198 U.S.45(1905).

[61] W.Gellhorn, Individual Freedom and Government Restraints (Baton Rouge:Louisiana State University Press, 1956), ch. 3; C.Fulda, "Controls of Entry IntoBusiness and Professinons: A Comparative Analysis", Texas Int.Law.J.(1978), 8:109.

[62] Gellhorn, Individual Freedom; Milton Fried man, Capitalism and Freedom (Chicago:University of Chicago Press, 1962), ch.9; Daniel B.Hogan, The Regulation of Psychotherapists (Cambridge, Mass: Ballinger, 1979), ch.6.

[63] 例如，见 Williamson v.Lee Optical Co.,348U.S.483(1955)。

[64] People v.Brown, 95 N.E.2d 888(1950).

[65] Fulda, "Controls of Entry."

[66] Décret No.62—235,March 1,1962.

[67] Gesetz zur Ordnung des Handwerks (1969).

[68] 7 BVerfGE 377,405(1958).

[69] 同上 pp.407—408。

[70] Richard Plender, "The Exodus of Asians from East and Central Africa: Some Comparative and International Law Aspects," Am.J.Comp.L.(1971),19:287.

[71] C.W.Johnson, "Constitutional Law and Community Planning,"Law and Contemporary Problems(1955),20:199.

[72] 272 U.S.365(1926).

[73]例如,见 Nectow v.City of Cambridge,277 U.S.183(1928)。Torsten Bjerken, "Planning Law in Sweden:A New Approach," in J.F.Garner and N.P.Gravells,eds.,Planning Law in Western Europe (The Netherlands: Elsevier Science Publishers B.V.,1975),p.324.

[74] Garner,ed., Planning law in Western Europe(1975),p.324。

[75] Martin Lendi, "Planning Law in Switzerland," 同上书， P.340。

[76] Sumigoshi v.Governor of Hiroshima,1975,Minshu 29 No.655, 复制件及译文见 Murphy and Tanenhaus,Comparative Constitutional Law,pp.285—292。

[77] 见 U.S.v.South-Eastern, Underwriters Association, 322 U.S.533(1944)。

[78] Per Lord Porter, Commonwealth v.Bank of New South Wales(1949)79 CLR 497, 639.

[79]《罗马条约》，第二部分，第一编和第三编，以及不计其数的法规。一般参见 Cesare Maestripieri, "Freedom of Establishment and Freedom to Supply Services," Common Market L.Rev.(1973),10:150。

[80] N.V.Algemente Transport-En Expeditie Orderneming Van Gend Loos v.Nederlandse Tariefcommissie (1963),Common Market Law Reports,p.105.Van Gend en Loos(1963)CMLR 105.

[81]K.R.Simmonds, "The EEC Freedoms of Establishment and Supply of Services:A Comparison," in R.M.Goode and K.R.Simmonds,eds., Commercial Operations in Europe(Leyden:1978), pp.37 — 45;Jan Tumlir,Economic Policy as a Constitutional Problem, IEA Occasional Paper No.70(London: Institute of Economic Affairs, 1984), pp.21—22.

[82] Wolfgang Frienmann, Law in a Changing Society,2d ed.(New York: Columbia University Press,1972),p.295.

[83] McCullough v.Maryland(4 Wheat),17 U.S.316(1819).

[84] Albert S.Abel, "The Public Corporation in the United States,"in W. Friedmann and J.F.Garner,eds.,Government Enterprise (London: Stevns,1970),ch.11.

[85] Tennessee Electric Power Company v.TVA,302 U.S.464(1938).

[86] 见 Giuseppino Treves, "Public and Private Enterprise in Italy," in Friedmann,Public and Private Enterprise,pp.62—63.

[87] Roland Drago, "Public and Private Enterprise in France, " 同上书， pp.5—6。

[88] 见行政法院 1959 年 6 月 12 日、12 月 18 日的判决。报告于 AJDA (L'Actualité Jurdique, Droit Administratif) 1960/2/85 and l960/2/213。

[89] Reich, Markt und Recht, pp.82—86; Hans Carl Nipperdey, Die soziale marktwirtschaft in der Verfassung der BRD(1954), p.102.

[90] 见注[47]，判决复制件及译文见 Murphy and Tanenhaus, Comparative Constitutional Law, p.279。

[91] Robert B.Seidman,The State, Law and Development (New York:St. Martin's Press,1978), pp.384—385.

[92] Bronson v. Kinzie,1 How. 311(18430).

[93] Per White,C.J.Pennsylvania Hospital v. Philadelphia,245 U.S.20, 23(1917).

[94] Manigault v. SpringS,199 U.S.472(1905).

[95] Lochner v.New York198,U.S.45(1905).

[96] Adkins v.Children's Hospital,261 U.S.525(1923).

[97] Williams v.Standard Oil Co.,278 U.S.235(1929);Tyson & Brother v. Banton,273 U.S.418(1927).

[98] Burns Baby Co.v.Bryan,264 U.S.504,534(1924),per 布兰代斯法官，异议意见。

[99] 这是参议员博拉在参议院辩论时说的，引自 Corwon,The Constitution (1978),P.463。

[100] Virginia L.Wood.Due Process of Law:1932-1949(Baton Rouge: Louisiana State University Press,1951).

[101] Per Justice Black,Ferguson v.Skrupa,372 U.S.726,731—732(1963).

[102] 又见意大利宪法第 36—37 条。

[103] Bigelow v.Virginia,421 U.S.809(1975);又 Virginia State Board of Pharmacy v. Virginia Citizens Consumer Council,425 U.S.748 (1976).

[104] Eric Barendt, Freedom of Speech (Oxford: Clarendon Press, 1985), P. 56.

[105] 同上，pp.59—61。

[106] De Geillustreerde Pers v.Holland,8 D.& R.5(1971).

[107] 第 41 条，关于这一点见 Tugrǔl Ansay, "Public and P rivate Enterprise in Turkey," in Friedmann, Public and Private Enterprise, pp.153—154.

[108] A.H.Manchester, A Modern Legal History of England and Wales (London:Buttersworths 1980),pp.347—353.

[109] James Willard Hurst, The Legitimacy of the Business Corporation in the law of the United States 1780 — 1970 (Charlottesville: University Press of Virginia, 1970), p.113.

[110] 同上，第 3 章。

[111] Santa Clara City v.Southern Pacific Railroad Co.,118 U.S.394 (1866).

[112] T.Koopmans, “Comparative Analysis and Evaluation,” in T. Koopmans, ed., Constitutional Protection of Equality (Leyden: Sijthoff, 1975), pp.232—234.

[113] Francis G.Jacobs, The European Convention on Human Rights (Oxford: Clarendon Press, 1975), p.228.

[114] 这最初是由萨维尼提出的。见 F.K.Von Savigny,System of Modern Roman Law,tr.W.H.Rattigan(London:Wiley,1884),pp.175—180.

[115] Ernst Steindorff, Legal Consequences of State Regulation, chapter 11 of vol. 17 of the International Encyclopedia of Comparative Law (Tubingen:J.C.B.Mohr and Alphen a/d Rijn:Sijthoff & Nordhoff, 1979),P.12.

[116] Hurst, The legitimacy of the Business Corporation,pp.60—62.

六 非国民的地位与权利

盖伊 · S · 古德温—吉尔

除了授予特权和担当公职外，很少把国籍作为享有权利的一个条件，这是美国宪法的一个显著特点。《独立宣言》宣称：“人人……都被其造物主赋予一些不可剥夺的权利。”宪法和《人权法案》承认和保障的是“人”权，而不论这些“人”跟谁发生政治上的联系。

两百年来，美国对权利普遍性的承诺未见稍减。《人权法案》的所有条文：禁止奴隶制（第十三修正案），保障生命、自由和财产（非经法律的正当程序不得剥夺），还有第十四修正案法律平等保护的要求，都适用于一切“人”，无论他们是否美利坚合众国的公民。

然而，美国自己虽是移民建立的国家，却长期坚持“各独立主权国家有固有的、不可剥夺的权利”控制非国民的进进出出。[1]但除政治权利方面的小小例外之外，合法入境者（在很多方面甚至非法居留者）也受宪法保护。

美国宪法权利的普遍性特征也成为其它国家的范例。美国自己也积极弘扬这一思想，寻思将其熔铸进国际法。它和欧洲列强一道帮助发展了“正义的国际标准”这一所谓“文明”标准，而且远在国际人权运动兴起、承认本国国民人权之前，就以此为国际法要求各国尊重外国国民的权利。[2]美国宪法观念鼓舞了美国和其它国家的代表对普遍性人权的坚持。

要探究美国的影响并估摸这影响的分量，已很成问题；说起国际标准的发展，这任务就更艰巨了。原因无非是起草人（还有其它人）那种可以理解的倾向：低估某国或某个源头的贡献，而强调某个原则（真实的或号称的）普遍性。在二战后的年代里，美国在外国国民待遇国际最低标准的发展中参与甚勤，而且一直是人权文件的积极倡导者，这都是历史事实。还有起草联邦德国的基本法，引进司法审查权（由联邦宪法法院行使），美国和其盟国一道做出了自己的贡献。[3]尽管权利法案这个想法不完全是美国独有的东西，然而最近在澳大利亚、加拿大、英国关于法律中引入个人自由的正式保障案的争论中，美国的示范作用仍然相当突出。[4]即便找不到明确征引，法律规定的表述和司法判决的要旨却常常会流露出一种相似的思想和感情。美国对人权（人的权利，不光是公民的权利）的重视，在所有这些发展中，都有不可否认和无法计算的影响。

本文讨论的是法律的正当程序、法律的平等保护在一国管辖范围内是否适用于一切人。正当程序不光是说权利只要是法定的并符合一定标准，就可以获得维护权利的程序，它还意味着这程序有助于得到正义的结果；平等保护也不光是说权利遭到侵犯可以得到救济，它还意味着这种救济不能被限制性地否决或违反非歧视性原则被反复无常地运用。正当程序和平等保护的核心是个人和那些不可剥夺的权利，这些权利同时构成对政府权力的内在限制。这些不可剥夺的基本权利有：生命权、自由权、安全权；免于酷刑的权利，免受残忍、不人道、有辱人格处罚和待遇的权利；言论自由和迁徙自由；免受溯及既往法律处罚的自由；不受歧视的权利，法律面前的平等和法律的平等保护等等。这些权利的地位常常被称为是不言自明的，现在也写进了国际性法律文件，得到国际法的确认。这些权利是普遍适用的，跟个人的公民或非公民身份无关。而且，非歧视原则还让那些想在权利确认和权利保护上

做出区分的人承担证明责任——证明非国民身份是区分的相关基础，证明区分是为了追求合理的目的或目标；证明没有其它办法；证明采取或打算采取的区别对待措施是与其目的后果相称的，等等。[5]

国际文书中的非国民：美国的影响

各主要人权约法，用词各有不同，但都承认人人享有固有的尊严和平等的、不可剥夺的权利；[6]关于基本权利不承认国民和非国民的差异。[7]美国宪法第五和第十四修正案，无论是不是这方面的第一声春雷，都堪称人人享有生命权、自由权、财产权的模范宣告。而美国对自由和正当程序的进步主义的解释，也就成为现代人权文书中更加细致的规定的前例。[8]

所有人都有不受酷刑和残忍的、不寻常的待遇或处罚的权利。1910 年美国最高法院承认了第八修正案的这一言外之意，其后的判决和附带意见也确认了这种作法，并在国际法中有所反映。[9]《欧洲人权公约》第 3 条很简单地宣布，“ 任何人都不应受酷刑或受非人道的或污辱性的待遇和处罚。 ”而欧洲人权委员会一向认为，驱逐本身，或驱逐某人使他或她在到达目的地时有遭受如此处置的危险，都可能构成对这一条款的违反。[10]欧洲人权委员会还认为，“ 以种族为基础，公开挑出一群人处以不同待遇……也可能成为对人的尊严的一种特殊的污辱， ”因而与禁止污辱待遇的规定相违背。[11]

言论自由一般也被宣布为一项基本权利，[12]但实际中，一个非国民真实地表达自己的看法可能招致驱逐出境的后果。欧洲人权委员会建议，非国民的言论自由权独立于在该国逗留的权利，但是他们不保护后者。[3]另一方面，欧洲法院的判决也说，对欧共体国民的限制，包括中止或损害平等待遇的基本原则，中止或损害工人的自由流动权，只有在存在真实的对“ 公共秩序 ”的严重威胁时才是正当的。在 Rutili 一案中，欧洲法院认为，显然是基于当事人过去的工会和政治活动经历而对其居住地作出限制，只有在对本国国民也施加同样刑罚的情况下才是允许的。[14]各国做法尽管很不一致，但都对控制非公民的政治活动保持着相当程度的重视（见 1950 年《欧洲人权公约》第 16 条）。这就引起了一个问题，何时、何地不同的对待标准才算是正当的？

国民身份对迁徙自由也有影响。美国最高法院认为，迁徙自由是公民的权利和特权之一，至少在国内旅行时是这样。出国的自由可能被认为是第五和第十四修正案赋予的人身自由一部分，对此进行一些实质性的政治限制是可以的。[15]《世界人权宣言》第 13 条宣布自由迁徙是人人享有的一般权利，其它国际文件在这个问题上却含糊其词。[16]尽管离开某一国家、包括自己祖国的权利相对来说得到较普遍的认可，进入某一国家的权利一般还要以拥有该国国籍为条件。[17]一个可能的例外是难民——他们要么是确实害怕受到迫害，逃离了自己的国家，不愿或不能回国，[18]要么是来源国的危险状态一直持续，有其它很正当的人道主义理由不能被遣送回国。[19]美国宪法和《人权法案》没有一个字提到难民，尽管难民在美国的建立和发展中是一支重要的先锋力量。不过，从《人权法案》的旨趣到避难的概念，从承认某些自由权、法治、平等保护，到人不应被送回他的生命或自由遭受危险的地方去的思想，只需跨越小小的一步。迫害和偏见一般都针对具有某种特点的人，而这些特点与享受基本权利无关，比如种族、宗教，国籍或社会出身、

政治观点等。这些不理性的、无理的区分，是美国宪法学理中常提到的，亦为普遍性的人权文书[20]和其它关于特定自由的文件[21]特别禁止。即使在可对非国民例外的场合,国际法标准依然调整着国家权力的行使。[22]nullum crimen,nullapoena sine lege（法无明文不为罪）——不得通过溯及既往之法律——该原则现已得到广泛的认可，至少对刑事立法是这样。[23]宪法条文显然可以扩充，但实践中只限于“设立或加重罪名，提高刑罚、或为定罪的目的改变证据规则”[24]的法律，美国法和国际法都承认，这一原则不适用于驱逐，驱逐是一种非刑事程序。[25]

“正义和权利不售卖予任何人，也不对任何人拒绝或延宕。”《大宪章》表述的这一思想由来以久，它包括了无罪推定以及第五及第六修正案发起并最终写进国际文件的众多程序保障：一事不再理原则，不得自证其罪原则，有权得到迅速、公开的审理，有权被告知案由，有权与证人对质，有权要求对自己有利的证人出庭，有权获得律师的帮助，以及上诉或复审的机会。在获得法律救济——比如人身保护令以及提供公正审理方面，没有什么明显的理由要在公民和非公民之间划任何线。《世界人权宣言》第 10 条说：“每个人都有完全平等的权利得到一个独立、无偏倚的审判机构的公正、公开的审理，以确定他的权利、义务，判决对他提出的任何刑事指控。”这些原则在 1966 年《公民权利和政治权利国际公约》第 14 条(1)及 1950 年《欧洲人权公约》第 8 条、第 25 条中又得到重申。然而，尽管司法制度的常规程序对非国民也应适用，但在实践中，司法救济和程序性正当程序还要受到一种“固有区分”意识的限制：或者所主张的权利属于“政治问题”，或者该种利益不具备“民权的”或“刑事的”性质和特点，总之，并不需要相当的或同等的正当程序制度。

传统上，防止政府滥用权力的最后保护神是人身保护令状，美国宪法为人称道的一点是它规定了“除非叛乱和外敌入侵，公共安全需要”，否则便不能中止该令状的执行。拘捕要接受审查这一条已得到普遍认可，[26]但是法院常常不能戳穿那种表面的合法性，比如行政机关的命令作为人身保护令状的执行汇报来说绰绰有余，或者法院因为在紧急情况下顺从行政机关而不愿实施有效的控制。[27]某些法律保护一般不给予“外敌”，并且在危急情况下，非国民常常面临种种压制措施。在何种程度上，外国国籍成为歧视待遇的合理原因，必然是随着环境的改变而改变的，这将在下文讨论。

美国宪法宣布并在美国宪法下发展起来的个人权利观念，显而易见已影响了人权的广泛领域。直觉、共识和常识都暗示着这中间存在着一种联系，这可以在美国积极参与促成有关的国际文书通过中得到证实。历史的巧合也暗示着这样一种双向的过程；把来源国国籍作为移民限额的基础，这本质上是一种歧视的作法，美国在 1965 年废除这一作法，《消除一切形式种族歧视国际公约》也恰好在这一年问世。不过，要精确地指出实际的影响流向，特别是非国民的权利领域的实际影响流向就不那么容易了。美国通过其政府代表，一直并继续致力于有关条约和宣言的起草工作，尽管美国宪法的影响到底是作用于美国政府还是作用于那些几乎是一个模子倒出来的代表这件事本身并不确定。

1951 年《关于难民地位的公约》是一个重要条约，该条约通过 1967 年议定书又得到了更新和拓展。[28]美国于次年批准了议定书，这就使得它有义务履行 1951 年公约的大部分条文。该议定书至今仍是对美国有效的少数几

个人权文件之一。实际上，在 1951 年的全权代表会议上，美国代表沃伦就强调说，美国虽然对一个可以为尽可能多的国家所接受的公约感兴趣，但如果不符合美国国内立法，自己却不大会签署或批准它。公约许多条款的措辞是互惠式的，而根据美国宪法，所有在美国的人都享有实质上同样的权利。[29]

美国参加 1951 年全权代表会议这一点并没有提供多少表明美国宪法价值影响的直接证据。不过前一年，在起草公约草案的无国籍及相关问题特别委员会会议[30]上，美国对一般领域所做的承诺倒更能说明问题。会上表示了强烈的关注，惟恐难民的定义太笼统，成为一张空白支票；许多团体，因其大部已在避难国了，就被建议从公约中排除出去。[31]但是从难民营入境被认为是一个重大政治性问题,故而不适合在一个法律性的文书中规定。[32]不过，对于公民权利、政治权利和“难民”的权利，美国的态度特明确。结社自由得到特别捍卫，加上与此有关的思想自由、良知自由和宗教自由，以及持有和表达政治观点的自由。[33]这实际上是和“美国坚持的宪法原则”[34]相一致的。

1951 年公约还反映了美国对正当程序的关注，虽然到开会时，美国不批准该公约的决心看上去更坚定了。关于公约条款，正式的说法是不适合也无须使之成为美国法律，但起决定作用的是政策而不是宪法上的考虑——美国对地区性解决方案的偏爱，以及对针对移民的不受限制的主权权力的维护。

1985 年 12 月，联合国大会一致通过 40/144 号决议，其附件即《非居住国公民个人人权宣言》。从宣言的起草历史看，各国在宣言的涉及范围上分歧很大：究竟适用于国境内的每一个非国民呢，还是只限于合法定居者？最后通过的文件是这样规定的，第 1 条：“为本宣言的目的，‘外侨’一词，在适当顾及以下各条的限制条件的情况下，应指在一国境内但非该国国民的任何个人。”第 2 条确认，宣言内的任何规定不应解释为使任何非法入境或在一国境内的事实“合法化”，也不应解释为限制国家管理入境和居留的权利，“或对国民和外侨加以区分的权利”；一般保留条款保留了所有非国民的人权资格。[35]

美英两国修改第 5.1(C)的提议获得了成功：尽管在法院面前应当人人平等，但是平等地向法院和裁判机关申诉的权利“不能赋予每个人尤其是不法外侨。”被法院平等对待的权利去掉了，换上了美国喜爱的字眼：“在法院面前平等的权利”。美国代表后来解释说，这个短语“指的是平等司法的一般原则，它并不禁止以外侨身份或以入境与居留的条件和合法性为基础在法律上程序上做出适当区分。”[36]“合法居住”的外侨之所指同样为着美国的目的作了解释，以与“永久居留的外侨”的分类相对应，因为非移民外国人的停留，原则上应是暂时的。这一解释的目标和目的以及公约对外来劳工所持的类似立场，[37]可能都与保持对迁徙自由的控制（作为签证限制的一部分[38]）的愿望有关。或者，这只不过反映了长期以来的一个看法，即，永久居留的外侨一般已与本国公民同化，相对于那些没有永久居留权的人应有更多的行动自由。这一次，又是实际因素而非宪法因素占了上风。

相映成趣的是，倒是美国政府施加压力（尽管并未成功），要求在宣言中增加非国民返回祖国的权利，[39]以及在征收问题上援用国际法标准（包括迅速、充分、有效的补偿）[40]的时候，原则得到了体现。美国的建议也导致了“国家安全”减损的进一步收紧。[41]然而美国代表反复强调了合法居留者和其它非国民的区别，她重申，宣言的解释必须与第 2(1)条一致，不

得使非法入境和非法居留合法化。[42]不过，美国也不赞同联邦德国的观点，联邦德国认为宣言过于强调非法外国人的权利。[43]

联合国关于外来劳工权利公约草案的辩论中，又是政策，而非原则，在美国的发言中表现得淋漓尽致。[44]1985 年，美国政府提出，该公约之适用应仅限于“ 有证明文件的外来劳工 ”；其关于最高权利的观点是“ 没有证明文件的外来劳工的权利限于基本人权，这一点至关重要。 ”[45]有临时居留权和永久居留权的人也应截然分开。美国和荷兰一道，对草案第 18 条——外来劳工有和公民平等的向法院和裁判机关申诉、获得法院和裁判机关平等对待的权利——表示了自己的保留看法。它们认为，拟议中的条文可能暗示身份的法律承认或规范化。[46]在驱逐问题上，美国认为，坚持合法劳工与非法劳工之间的区别也一样重要。[47]最后，讨论到公约是否应把难民和无国籍人也包括进来时，美国特别指出，这不光牵扯到劳工权利问题，还涉及到其它问题，比如家庭团聚。根据美国法律，这种案子是一人一审，所以限制一下公约的范围更好一些。美国不接受任何“ 双重范围 ”，但是非正式咨询后暂时同意的公约文本还是没把门关死。[48]

相比而言，在非移民问题上，原则倒常常决定政策。例如，1980 年，美国对“ 保护处于一切形式拘禁下的人员原则草案 ”提交了评论，并被防止歧视保护少数小组委员会所接受。[49]评论特别强调，必须保障那些发出拘禁令或审查拘禁的合法性与必要性的“ 司法或其它机构 ”的能力、独立性及公正无私。美国还对草案中与外界隔绝的拘禁提出了重要的，而且是进步主义的修正案；其附加段落有“ 这样的目的——树立一个国际公认的原则：扣押某人使其与外界言讯隔绝的政府机关应承担证明这种措施合法的责任，并证明已采取一切合理的措施防止此人在这样的拘押方式下得病、受伤、失踪、死亡，或受到其它伤害。 ”政府因而有义务提出“ 实质性的证据， ”证明“ 最大可能的注意 ”已经采取。[50]

拘禁问题在美国宪法中有一个悠久的、值得尊敬的传统，所以如果你发现被拘禁者的权利保护在国际上受到美国宪法的影响、推进和精雕细琢，根本用不着惊讶。然而，就促进和保护非国民在这个问题上的权利，美国宪法的影响力仍然受到了别有用心的目的和华人驱逐案的“ 可疑余波 ”的抑制。[51]但是，宪法价值剩余的和持久的影响力将继续为人们所感知，即使如雪落长河，默无声息，特别是，即使一个独立司法机关的一部分法官，坚持认为所有无理的和无正当理由的区分是可疑的。[52]

各国法律文件中的非国民

各主权国家的实践仍继续反映着对外国国民的入境、定居条件、驱逐等项的管理要求依然相当广泛。除了严厉的移民法外，就业、财产和政治权利方面的限制是最明显的。不过，在很大程度上，潜在的绝对权力还是受到了条约，或像欧洲经济共同体这样的特定地区协定的制约。[53]对外人的待遇，在宪法和人权学说的持续影响下，也在不断提高。[54]

比如，法国近期的判决宣布，基于外国人外貌而针对特定个人的身份控制是非法的。这种控制只在其对邻近的人身或财产有直接威胁的情况下才是正当的。[55]对行政权力干预迁徙也实施了更为严格的审查，[56]程序保障增加了，定居条件也放松了。伴随着这些措施的是入境控制的加强，而对那

些确实符合某些特定条件的人，又用一个承认其入境权利的程序作了平衡。[57]

英国国内的争论集中于究竟是引进一个权利法案呢，还是加入《欧洲人权公约》。另一个可供选择的方案是雅科莱利 1980 年提出的，他建议制定一个有限的人权法案，只限于紧急状态下最易受侵害的那些自由——言论自由，和平集会和结社的自由，人身自由，并重视家庭。他提议的法案也将对过度的搜查权和溯及既往的刑事责任规定保护措施，还将要求在确定一个人的责任和义务时要有正当取得的有力证据，并保证除非有正当补偿，私人财产不能被充作公用。[58]尽管雅科莱利也认可某些“对公共利益还是很必要的限制，对他人的合法利益来说也是合情合理的”，他的草案对公民身份或非国民身份却只字未提。

除了制定法上的若干例外，法律保护问题上地方效忠标准在英国有更为重要的作用，有时候不免产生恶劣的后果。[59]然而，上议院最近的一个判决却预示着将对行政权力进行更加严格的控制。在 Khawaja 一案中，该法院抛弃了自己对于非法入境者的宽泛定义，也推翻了以前有关机构无需客观地确定这种身份（作为驱逐前的一个条件）的判决，[60]因为不这样该法院的控制权就被排除了。斯卡曼勋爵强调了人身保护令的重要性。“对那种难免会侵犯属民自由的权力进行司法审查”[61]这一条甚是看重。1987 年初，上议院又一次强调依问题的严重程度对行政决定进行更为有力的审查的义务：“全部人权中最为根本的是个体的生命权，倘若遭到挑战的行政决定被认为有可能使申请人的生命处于危险境地，那么，对这一决定的基础必须进行最小心谨慎的审查。”[62]在要求保证国家安全的场合或其它涉及非国民的政治敏感领域，这种权力的有效性如何，尚不明朗。[63]

美国宪法标准对起草联邦德国基本法的影响已为众所周知，[64]基本法前十九条宣布的一些不可侵犯的权利便是明证：人的尊严及不可转让的人权（第 1 条）；人人（Jederman）享有生命权和自由权（第 2 条）；法律面前的平等以及不受歧视的权利（第 3 条）；[65]信仰自由和良知自由，从事宗教活动的权利不受侵扰（第 4 条）；言论自由和表达自由（第 5 条）；通信、邮政和电讯秘密（第 10 条）；私宅不得侵犯、不得擅自搜查（第 13 条）；财产权和继承权（第 14 条）。还有一些条款明确规定只适用于德国人：和平集会（第 8 条）；结社（第 9 条）；迁徙自由（第 11 条）；选择职业和选择工作地、培训地的权利（第 12 条）。[66]

联邦宪法法院有权审查联邦立法和联邦行政权力，保护个人权利。任何人的权利遭到公共权力机关的侵犯，都可以求助于法院（第 19 条(4)；一般认为这种法律保护外国人也完全享有。[67]

近年来意义最大的宪法发展是加拿大 1982 年在对基本法律作了实质性修订的背景下，采纳了一个《加拿大权利和自由宪章》。它的意义在于它所保护的价值，也在于这些价值与先前文件所保护的价值的关系。而且因为加拿大最高法院已经宣判了影响非国民的一些中心问题，又摆脱了美国的司法方式，其意义又有所上升。

民主权利（下议院或立法会议成员的选举权与被选举权）只限于加拿大公民享有，这有明文规定，[68]“迁徙权”（出入加拿大及居留的权利）也是如此，但是境内迁徙的自由以及在任何省谋生的权利还延展到“每个有永久居留地位的人”（第 3、6 条）。法律权利延展到“每个人”、“任何人”，

平等权延展到“每个个人”。[69]

1982 年的《宪章》比 1960 年《加拿大权利法案》[70]要广泛得多；作为实质性宪法修订过程的一部分，其地位比后者（联邦法律）的地位要高。不过，这两个文件都与非公民的权利和地位有重要关系。有个法院在早年一份判决中注意到，1960 年法律的目的是“保护每个人……公民或非公民，不被恣意地剥夺自由，保护任何相信自己受到不正当拘禁的人，不致于得不到人身保护令的援助。”[71]在距现在更近的 Singh v.Minister of Employment andImmigration（1985）案中，加拿大最高法院认为，程序正义的标准适用于上诉人——一个难民地位申请被有关当局拒绝的非加拿大籍公民。[72]

按其时通行的制度，申请难民地位的人要宣誓，接受一位高级移民官员的审查；申请人提交的审查副本和其它文件材料要转交给难民地位顾问委员会，顾问委员会审查后再推荐给就业和移民部长。若部长否决了难民地位申请，还可以向移民上诉委员会（IAB）申请复查。《移民法》第 71 条第（1）款规定，只有 IAB“认为有合理的理由相信，在对申请举行听证后其权利要求有可能成立”[73]时，复查申请才允许递交。但是实际上，大部分复查申请没经过任何口头听证就根据这一条被否决了，正是这一结果引发了最高法院在和 Singh 一案中对此进行审查。最高法院一致同意维护此案中上诉人的要求。其中三位法官认为，《移民法》对符合《联合国难民公约》难民条件的人，按加拿大法律赋予其权利，然后，根据权利法案第 2 条（e），他还有权“参加一个根据基本正义原则召开的公正的听证会。”这并不一定表明加拿大政府自身的行为威胁到生命、自由或人身安全，只是说权利应该根据联邦法律来确定。不过，一个外国政府的此类威胁，与要召开的听证会的种类还是有关系的。

其它法庭成员采取了一种更为扩张性的、保护性的态度，这种态度以《加拿大权利和自由宪章》第 7 条为基础：“每个人都有生命权，自由权，和人身安全的权利，这些权利除根据基本正义原则外不可剥夺。”“每个人”一词被解释为包括“任何置身于加拿大并因此而服从加拿大法律的人。”尽管普通法上非加拿大公民无权进入加拿大，[74]但按照《移民法》，“公约难民”还是有若干进入和居留的权利。[75]

加拿大政府曾争辩说驱逐并不侵犯生命、自由和安全的权利，但这些法官们仍然爱好一种更为宽泛的权利定义。他们认为人身安全不单包括不受肉体处罚的自由，还包含有不受这种处罚威胁的自由。这些法官以同意对自由采取扩张性的态度讨论了 Boardof Regents of State Colleges v. Roth[76]一案，得到的结论是：剥夺了不被送往生命或自由受威胁之国度的权利，就等于剥夺了人身安全权。法官们拒绝把移民描述为带有特权意味（因此也就意味着行政自由裁量），而认为它是一些权利。[77]同样，他们也拒绝“美国规则”，拒绝任何会限制《宪章》对境内之人的保护、任何会把那些寻求入境的人拒之门外的区分。如果说美国的态度是建立在政治问题的理论基础上的话，就可以说，加拿大议会在通过《移民法》时，实际上做了许多美国法院不愿接受的“政治”决定。

这些法官认为基本正义也包括程序正义。裁判机关必须公正地、诚实地、不偏不倚地，以一种司法精神行事，使申请者有足够的机会申说他们的理由。[78]若对可信性有疑问，基本正义还要求举行口头听证。《移民法》第 71 条第（1）款使得申请在口头听证举行之前就有可能被拒绝，这种对疑问的处

理不利于请求者，因此这一款违反了基本正义。最后，法官们还考虑了《移民法》规定的程序限制是否合乎情理，在一个民主社会中能否被证明正当。他们的结论是：由于宪章的地位，就没有什么“行政便利平衡”足以推翻自然正义和程序公正的原则。最后法院一致判决，《移民法》第71条第(1)款限制了向IAB上诉（因此也限制了口头听证），无法律效力。

平等原则的例外

平等与基本权利的例外共有四大类。第一，非国民不行使政治权利，包括选举权（投票权）与担任公职的权利；第二，在拥有财产和获得就业方面非国民可能受到限制；第三，非国民可能会成为例外措施的目标，比如因为安全上的缘故，减损他们若干基本权利；第四，非国民一直是居住国驱逐或容易驱逐的对象。另外，非国民可能还会发现，他们的程序权利因为一些据说是与他们地位不可分的区分而减少了，因此，他们可能不能像公民碰到类似措施时那样，有效地向拒绝入境或下令驱逐的决定提出挑战。

美国宪法只在很少情况下对公民和非公民作出区分，最显眼的是在政治领域；这种除外措施在其它国家也很普遍。政治活动经常被直接地[79]或间接地限制或否决，就像行使言论自由权常常成为驱逐的理由。[80]《欧洲人权公约》第16条特别规定，第10、11、14诸条（言论自由，和平集会和结社自由，非歧视）不能阻止各缔约国对外侨的政治活动施加限制。即使在欧共体内，其基本目标也是将平等待遇限于经济领域；政治活动大约第一眼就会被排除，尽管这方面也没采取什么坚定的路线。比如工会活动经常是政治性的，这里个人倒可以根据共同体法律得到一些保护。[81]

欧共体体制在其适用范围内，对有关财产和就业问题也提供一些保护。一般的国际法至少倾向于支持对所有权和担任公职作出限制。但条约惯例保证了外国国民享有更多的平等权利，而其它规则则限制了国家在国有化或没收外国所有的财产方面的自由裁量权——除非给予正当补偿。这些规则的弱化近年来引起了资本输出国方面的强烈抵制。外侨的财产权如今可能不那么安全，但基本的非歧视保护和法律的正当程序保护原则上还应该执行。[82]

1965年《消除一切形式种族歧视公约》的范围本来相当广泛，却立即受到第1条（2）的限制，大意是本公约不适用于国家在公民和非公民之间做出的区分。[83] 1966年《经济、社会和文化权利国际公约》第2条（3）款接着规定，发展中国家“适当顾及人权和民族经济状况，可以决定在何种程度上保证”非国民的经济权利。[84]然而，国家并无义务允许非国民工作，如果允许他们工作，就必须给他们和本国人同样的（国际的）对待标准。雇佣非国民两方面都有利。东道主从投入的劳动中受益，而平等也建立了。非歧视原则甚至会触及解雇非公民的政策，它要求决策者证明：非国民地位是一个相关的区分因素；在实现合法的目的或目标过程中该地位被作为一项标准；这种区分在没有其它可供选择的措施的意义上是必要的；并且手段和目的相称。

在决定普遍的、或特别针对非国民的基本权利减损是否正当的时候，类似的因素也是相关的。美国宪法唯一等价于可准许减损的，是在第1条第9款第2句，涉及人身保护令中止理由的一个表述（“叛乱或外敌入侵、公共安全需要时”）。《人权法案》的一般规定可用来制止行政狂热，但是过于

频繁地意识到紧急状态和对国家安全的威胁又摧毁了司法控制的基础。由于这个原因，对基本权利的限制和减损至今仍是国内法和国际法关心的领域。[85]比如，《经济、社会和文化权利国际公约》第 4 条就宣布，权利可受制于“同这些权利的性质不相违背而且只是为了促进民主社会总福利目的的法律所规定的限制。”这些限制基础看来几乎毫无意义。“民主社会总福利”可以包含任何能描述成国家安全、公共秩序、公共健康的东西，但公约并未明言，也未提出任何客观的标准。1966 年《公民权利和政治权利国际公约》第 4 条（1）在涉及可允许的减损措施的同时，也包含了一个反歧视规定，但较第 2 条之（1）狭窄，可以将国民与非国民区分正当化，只要国家遵从对基本人权的不间断的义务就成。

涉及人权限制和减损的不安不仅通过例外措辞的普遍性和含糊性获得正当理由，国家在现实的或想象的威胁面前的实践经验也使其正当化了。立法机关经常授予政府的行政部门广泛的自由裁夺权力，由行政部门来判断行动的必要性和采取什么样的措施。战时，对人身自由的保护让位于安全，[86]而在不那么紧急的时候，盛行另外一些标准，法院也会介入。[87]对例外情形实行控制的原则，在欧洲人权委员会和欧洲人权法院的法理中已牢牢建立了。

《欧洲人权公约》第 15 条(1)允许各成员国在战时或其它威胁到国家生死存亡的公共紧急关头减损自己承担的义务，只要所采取的措施是紧急情况所严格要求的，和该国承担的其它国际义务也没有冲突。人权法院和欧洲人权委员会对意在使紧急行动合法化的事实有一客观检验标准。在头一个塞浦路斯案（Greece v.United Kingdom）中，欧洲人权委员会的判决是，宣布公共危险的存在，宣布实际采取的措施是否需要，都是合法的，而“政府在估计为紧急情况所严格要求的范围时，应当能够行使一定的自由裁夺权。”[88]一个类似的态度隐含于欧洲人权法院在 Ireland v.United Kingdom[89]一案的判决中，该案中法院主要关心的是对酷刑和不人道的、有辱人格的待遇的控告，但也审查了北爱尔兰危机的背景，包括一度采取超司法的拘捕权力。法院同意欧洲人权委员会的意见，认为这种权力与《欧洲人权公约》第 5 条不合，“但为紧急情况所严格要求”，在第 15 条（1）的含义之内。对于拘禁（不是被拘禁者的实际待遇），评判幅度的限制从来没有逾越。[90]

“评判幅度”的概念，包含着对个人自由的内在威胁，但它的存在是有利于国家的一个一般性保留，这一点很难反驳。有个评注者把这个概念置于客观权力和主观权力的半道；[91]国家保留一定程度的做决定的自由，不一定非得基于主权，而是因为它所处的位置最能知悉事实，并决定合宜的措施。显然，事实之存在能客观确定，但对事实采取行动则要受制于合理和善意的要求。所采取的措施不能用于其它未打算的、不允许的目的，[92]这一原则反映了国内法中权利滥用的观念，也反映了国内法对于恶意和 détournement de pouvoir（权力滥用）的禁止。[93]权力概念包含有一个设计因素，包含确定的目标、目的、权限，法律的作用和效力就是设一界限，说明哪些能做，哪些不能做，以限制有疑问的权力行使。[94]

以上关于紧急状态下国家权力的一般考虑可以使我们得到如下几个初步结论。第一、国际人权法的规定提出了支持个人自由的毫不含糊的预设，国民和非国民都是如此；[95]第二，虽则预设了自由，国家仍从保留一定的例外权力获益。这就可能允许对一些而不是全部人权作出一般限制，并在紧急

状态时作出实质性的减损。限制从整体上不能超过其目标和目的，而国家在确定使减损合法化的事实之存在与否、确定应付情况的必要措施时，保持自行斟酌（一个评判幅度）的权力。

驱逐非国民的权力与反映正当程序和平等保护之国际标准的同种控制权力在范围和对象上都很类似。但对非国民的分类仍时时将个人暴露于一种伤害之下，这种伤害与程序正义的宪法和国际法标准很难调和，就不要说实质正义了。

一般国际法也要求驱逐外国国民要有合法理由，[96]不过这样做的时候，也给驱逐国一个评判幅度，以确定公共秩序、公共安全或国家安全等必要理由的存在与严重程度。一般国际法也阐明了，在国家的驱逐权和这种权力的正当行使之间，有一个清晰的区别。这样一来，把这权力说成是一种有条件的特权，倒比说成一种绝对权力好些。在其与保护国（及施行特定条约体制的保护组织）的法律关系中，驱逐国有正式义务平衡其自身利益与受影响的个人的利益，要考虑这些人的既得权利与合法期望，要着眼于在目的（保护认可的利益）和手段（个人与其家庭和生计的潜在分离）之间达到一种合理的相称关系。尽管特定案件的事实可能五花八门，但没有合理原因或者驱逐国拒绝对其行动给出理由，就可能显示其任意的、非法的性质。

比如，1966 年《公民权利和政治权利国际公约》第 13 条就规定，合法地处于一国境内的侨民“ 只有在执行依法做出的决定 ”时，才可以被驱逐，而且他们有权得到审查，除非“ 国家安全的紧迫理由另有要求。 ”联合国关于难民和无国籍人的公约也有大体等同的条款。武装冲突情况下驱逐由特殊规则调整，而在一些极端环境下，驱逐可以构成反人类罪，这是一种战争罪，也是对 1948 年《联合国防止及惩治灭绝种族罪公约》的违反。《欧洲人权公约》第四议定书第 4 条宣布，“ 禁止集体驱逐外国人。 ”[97]1981 年《非洲人权和民族权宪章》第 12 条（5）也做了如此宣告，并将集体驱逐定义为指那些针对民族团体、种族团体、人种团体和宗教团体的驱逐措施。在所有或大部分集体驱逐的场合，仇外情绪如果不是这等措施的唯一基础，就是因素之一。这种措施一旦突然实施起来，基本人权个人化的一面就必然不予以考虑了。其非法性究其始乃根源于对非歧视原则的违反，或者从公认的禁止性理由如种族、宗教方面考虑，或者从专横的概念考虑，都是如此。比如说，不是明显地基于种族理由反对的集体驱逐准是专横地拒绝了受影响者在法律面前被当作人的权利，在法律面前平等和法律平等保护的权利，以及享有正当程序的最低利益的权利。

结论

这篇文章开始于对美国《人权法案》起草者们预计的范围的直觉式的说明，并且推测，将《人权法案》的利益不适当地局限于公民并不是深思熟虑的结果。现今，政治或主权共同体成员的观念加强了，相应地对非国民的认识和待遇上的差别也更加突出了。

正如美国某法院最近所言，国家自决的利益是如此重大，远远超过一个外国人入境的利益，以致于对政府在处理那些它认为不能入境的人的过程中所享有的自由裁量权，只应加以极少的限制。[98]最大的善是“ 成为某些人类共同体的成员 ”，已成为陈腐的滥调。社会反对那些无根浮萍似的、急需

帮助的异乡人的要求，以免受到他们的威胁。沃尔泽认为，移民控制反映并维护着社会成员相互之间及对其团体的承诺：“抑制移民流入的权利仍然是团体自决的一个方面。互助原则只能修补而不能完全改变植根于一特定团体对其自身的深刻理解之中的入境政策。”[99]但沃尔泽关于成员资格的观点，关于对我们之中的外乡人所负的实在义务的观点，远远超出了法院和行政机关中普遍流行的观点。那里，绝对性的吸引已经过于经常地成为广泛权力的主要正当化理由，甚至在互相竞争的权利要求的是非曲直面前，都不能审查之。国籍本身常常是有意武断地给定的，[100]关于现有成员资格的取得范围，它并不必然是一种理由，对于急急忙忙把个人利益置于先验地假定为国家的更大利益之下，国籍也不必然是一种理由。

美国《人权法案》提出了可供选择的另一套正义，其中公民资格只是一个有限的指数。事实和紧急衡平也具有指导性的力量。[101]这些事实可能会决定对社会中的成员资格采取更多的观察角度,[102]但是对于作为理性的道德的人，什么是应当的，最终仍与其公民地位无关。社会对待非成员的教训，就是道德上的应当，并不必然是法律上的应给。如果人的尊严和价值是任何法律和正义体系的出发点和归宿，经常发生的就是半路上它们就被丢弃了。

非国民的权利要求通常包括入境、受保护、就业、不被驱逐、不受歧视、承认收益和既得权利；最后是成员资格本身。不管集体会怎么样，因为有一种亲缘与亲情，现有的成员都可以从非成员的入境中获益，或者是出于人道主义关怀，或者是具有各种合法性的世俗的商业理由。一个负责的移民政策意味着确认不受欢迎的非成员的身份，拒绝他们入境，必要时把他们驱逐出境。但是，对那些有合法的入境或居留请求权，比如因为亲缘、或者怕受到迫害、遇到灾难的人，一个负责的移民政策也要采取实实在在的行动，把他们确认出来。驱逐在原则上要求采取单个逐案处理办法，对被迫害者以持续的保护也是这样。略少一些的利益，像对难民的临时庇护，可能会要求一种实在的团体或种类的方法，倘若拒绝保护是基于一种个人的特定不合格之上的话。这种方法与个案方法是个悖论。[103]一种比出生地或血统主义要宽、且不在归化的传统斟酌范围内的入境或成为一员的“宪法”权利，是完全可以想象的。公民资格毕竟有其技术性的一面，它有一种表示事实的速记功能，比如表示依附这一社会事实，即“存在、利益和感情上的真正的联系”。[104]《人权法案》既承认集体意志，也承认个人权利的力量。任何建立在正义基础上的政府体系，都不能只满足于披上正当程序的程序性外衣，而忽视个人的实质性的权利要求。[105]

通过对侨民身份的过分注意，或仅靠非成员身份的事实，一个社会就可以使自己不去注意特殊性，不遵守国际义务，不保证和维护基本人权，那这个社会自身对正义和公共福祉的追求在此过程中也扭曲了。对移民的控制、管理以及对置身于本国的人的待遇，都有一个人权因素。像非法入境属于持续犯这样的观念，本质上是不能接受的，因为从技术上说，“合法”便意味着任意处置。就是秘密移民，其尊严和人格也应受到尊重，处在非法境地并不就是完全失去了资格。并不是由于他们对经济或劳动力市场构成了威胁，因此需对他们的非法存在采取什么行动，而是因为秘密性，像秘密侨居，妨碍了权利的提高和保护。在任何优先性排序中，政治和社会经济目标都可包含在宪法价值的框架内。个人权利，无论是本国人还是外国人要求的，都可能与社会共同体构成紧张关系，但不一定与之针锋相对。这种二分法会误导，

至少它忽视了公民权利和政治权利的本质及内在限制，那就是他人的权利。

《人权法案》中的平等概念愈来愈强大，愈来愈弥散。对一个《人权法案》的研究者或爱好者来说，美国最近关于外来劳工和非国民[①]的判决太令人沮丧了。基本权利，包括非歧视和正当程序，没有得到很好遵行。目前已到美国或正寻求入境的非国民很可能成为只认外国人法律身份的行政行动的牺牲品，它们不受约束，也不受任何宪法标准的审查，与作为公平的正义这个观念——这差一点成为《人权法案》的遗训——也没有任何关系。的确，协调和平衡个人利益和社会团体利益有很多困难，在确定集体意志（如有）方面也有很大的实际困难。一个团体的成员和非成员确实是分开的，前者因其承诺和依附而获得特殊地位。不过用外国人的身份及国籍来划分人的尊严和价值未免过于粗糙和武断。不那么友好地对待异乡人经常出于这样的理由，即，相反的做法会破坏共同体及其制度。但是这种反对理由是功能性的，不是实质性的，它更多地暴露了那些结构的虚弱、无能和缺乏效率，而不是某一潜在的权利主张者阶层的无能力。适宜的反应应同样是功能性的：以美国宪法起草者的洞察力来寻找处理权利主张、实现实质正义的办法。两百年的试验和经验，是一笔宝贵的遗产。

注释

[1] Fong Yue Ting v. U. S.，149 U.S.698—711（1983）.本文中国民/非国民（National/Nonnational）和公民/非公民（Citi zen/Noncitizen）是互换使用的，虽然在不同的法域里它们所蕴含的法律含义可能有细微的差别。另外，选择“非国民”而不是“外侨”（alien）是有意这么做的，尽管在美国法中（不算宪法）用后一个词已经约定俗成。照本文作者的看法，“外侨”这个词是要不得的，因为它不合时宜地假设了分离。所有理性的人都是外人（aliens），在他人的眼里，在尚未认同家庭、语言、社团或人类价值的某些共同性之前一段不太长的时间里，他都是一个他者。alien 一词毫无必要地把这个不协调的阶段永久化了。而且在基本权利和人的尊严上用这来区分也很不恰当。这样推敲有点像逆风行船——既然其用法在那些将改革现行移民法的人中间都约定俗成了。不过用累赘少一点的词还是有很多好处，尽管在选用别的词的时候，也需要多加小心。

[2]G.W.Gong， The Standard of“Civilization”in International Law（Oxford：Clarendon Press，1984），p.14.另见 G.S.Goodwin-Gill，International Law and The Movement of Persons Between States（Oxford：ClarendonPress，1978，）pp.58—74；I.Brownlie，Principlesof Public International Law， 3ded.（1979）pp.525—528.平等国民待遇论受到强烈抵制，至少在否认外国人“生命财产的保护程度与国际法认可的正义标准一致’时是这样。胡尔国务卿1938年对墨西哥政府的答复,A.J.I.L.，supp.（1938），32：181—207。又见Roberts案（1925），U.S.A.-Mexico Claims Commission，UN Rep.， 4：77； AnnDig.（1925—26），p.227。尽管这些标准有时因其含混不清而受到严厉批评，但其中心思想——对基本权利的承认，基本权利遭到侵犯时要提供有效的救济——在仲裁决定中还是找到了相

[①] 原为 nonrational，当为 nonnational 之误。——译者注

当有力的支持。例如，Neer 案（1926），U.N.Rep.，4：60；又 E.M.Borchard，The Diplomatic Protection of Citizens Abroad（New York： Bank ’ s Law，1915）.E.M.Borchard，“The‘ Minimum Standard ’of Treatment ofAliens，” A. S. I. L. Procs.（ 1939）， p. 51； B. Nascimbene，11Trattamento dello Straniero nel Diritto Internazionale ed Europeo（Milano：Ginffr ’e，1984）， pp25—111。

[3]见 J.F.Golay，The Founding of the Federal Republic of Germany（Chicago：University of Chicago Press，1958），pp.176，182-185。

[4]见 Evans，“An Australian Bill of Rights？” The Australian Quarterly （1973），4：45；及 J.Jaconelli，Enacting a Bill of Rights（Oxford：Clarendon Press，1980）。

[5] W.Mckean，Equality and Discrimination Under International Law（ Oxford ： Clarendon1983 ） ； M.Bossuyt ， L ′ interdictiondela discrimination dans le droit international des droits de I′homme（Etablissements Emile Bruylant， 1976）.

[6]见 1948 年《世界人权宣言》，序言及第一条；1966 年《经济、社会、文化权利国际公约》序言；1966 年《公民权利和政治权利国际公约》序言；1955 年《消除一切形式的种族歧视国际公约》序言。

[7]1969 年《美洲人权宣言》第一条（2）宣布，“鉴于本公约目的，‘人’指所有的人类。”

[8]1948 年《世界人权宣言》第 3 条； 1966 年《公民权利和政治权利国际公约》，第 9 条及第 10 条；1950 年《欧洲人权公约》（1950）第 5 条、第 6 条；《美洲人权公约》（1969）第 4 条、第 7 条。

[9]Weems v. U.S.， 217 U.S. 349（1910）.美国最高法院在 Trop v.Dulles，356 U.S.86，101（1958）一案中认识到酷刑和人的尊严之间存在着某种关系，而埃夫里耶尼斯法官认为酷刑的目的无非是“对人的人格的分解”，比较之，后者见 Ireland v.United Kingdom，欧洲人权法院，1978 年 1 月 18 日，Ser. A No.25，Sep. op。又见 Furmanv.Georgia,408 U.S.238（1972），布伦南法官及 Filartiga v. Pena-Irala，630 F. 2d 876（2d Cir.，1980）。 1975 年联合国《保护人人不受酷刑和其它残忍、不人道或有辱人格的待遇或处罚宣言》（UNGA Res.3452[xxx] of December 9， 1975）和 1984 年《联合国禁止酷刑和其它残忍、不人道或有辱人格的待遇或处罚公约》对人的保护都不以国籍或其它地位为条件。

[10]欧洲人权委员会，Application No.984/61 Recueil 6；Amekrane v.United Kingdom，Application No.5961/73，Yearbook of the European Commission on Human Rights，16:357; P.J. Duffy， “Articl 3 of the European Convention on Human Rights，” IC. L. Q.（1983），32:316.以下引用欧洲人权委员会的决定时都只引用申请号。

[11] Patel v. United Kingdom，Application No. 4403/70，Collection of Decisions，36:92.

[12] 1948 年《世界人权宣言》第 19 条；1966 年《公民权利和政治权利国际公约》第 19 条；1950 年《欧洲人权公约》第 10 条；1969 年《美洲人权公约》第 13 条。

[13]见 Agee v. United Kingdom，Application No. 7729/76，Detisions

and Reports, 7:164.

[14] Rutili v.Minister of the Interior, C.M.L.R（1976）, 1：140；G.S.Goodwin-Gill, “Ordre Public and the Limits to Discretionary Power,” L.Q.R.（1976）, 92：353。

[15] Aptheker v. United States, 378 U.S.500(1964)； KentV.Dulles, 357 U.S.116（1958）。

[16] 参见1966年《公民权利与政治权利国际公约》第 2条；1950年《欧洲人权公约》，第4议定书，第2条； 1969年《美洲人权公约》，第12条；G.S.Goodwin-Gill, Movement of Persons, chs.2, 8。

[17] 1948年《世界人权宣言》第12条（2），第15条；1966年《公民权利与政治权利国际公约》第12条（4）；1950年《欧洲人权公约》第4议定书，第3条；1969年《美洲人权公约》第12条（5）。

[18] 见1948年《世界人权宣言》第14条；1951年《关于难民地位的公约》第 1 条及 1967 年议定书；G.S.Goodwin-Gill, The Refusee in International Law（Oxford：Clarendon Press, 1983），书中各处；Augustin v.Sava, 735F.2d32, 37（2dCir., 1984）；Yiu Sing Chun v.Sava, 708 F.2d 869, 877（2dCir., 1983）。

[19] 见1969年《非洲统一组织关于非洲难民问题的公约》第1条（2）；G.S. Goodwin-Gill, Rufugee, pp.11—14, 45—46, G.S.Goodwin-Gill, “Nonrefoulement and the New Asylum Seekers,” Va.J.I.L.（1986）, 26：897 — 918 ，参见 Hailbronner ， “Nonrefoulement and ‘Humanitarian’Refugees: Customary International Law or Wishful Legal Thinking？” Va.J. I. L., 26：857-896; Perluss and Hartman,“Temporary Refuge： Emergeme of a Customary Norm,” Va.J. I. L., 26：551。

[20] 例如，参见 1948年《世界人权宣言》第2条、第7条； 1966年《经济、社会、文化权利国际公约》第2条（1）、第3条、第26条；1965年《消除一切形式种族歧视国际公约》第1条（1）；1950 年《欧洲人权公约》第14条；1969年《美洲人权公约》，第1条（1）。

[21] 例如，参见1957年《欧洲引渡公约》第3条；1958年国际劳工组织《关于就业及职业歧视的公约》（第111号公约）第1条（1）；联合国教科文组织《取缔教育歧视公约》第1条。

[22] 见G.S.Goodwin-Gill, Movement of Persons, pp.83—87。

[23] 见1948年《世界人权宣言》第11条（2）；1966年《公民权利和政治权利国际公约》15条第（1）、（2）； 1950年《欧洲人权公约》第7条（1）； 1969年《美洲人权公约》第9条。

[24] Calder v.Bull, 3U.S.（3Dall.）386, 391（1798），又见Malloyv. South Carolina, 237U.S.180（1915）；Kringv.Missouri, 107U.S. 221（1882）；Bourie v.Columbia, 378U.S.347（1962）。参见Murpby v.Ramsay, 114U.S.15（1885）。

[25] Harisiades v. Shaughnessy, 342 U.S.580（1952）.关于英国，在Waddington v. Miah [1974]1W.L.R（WeeklyLawReports）683中，上议院认为议会制定溯及既往的刑法“难以置信”。另一方面，在Azam v. Secretany of State for the Home Department [1974]A.C.18案中，多数意见又认为，《移民法》（1971）授权行政机关把那些先前有权作为不列颠臣民居住在英

国的人驱逐出境，这种制裁是基于当初入境的非法性，尽管那时驱逐尚未被规定为一种刑罚或刑罚后果。G.S.Goodwin- Gill,Movement of Persons，pp. 120—122；Mac Cormick，Legal Rights and Social Democracy（Oxford：ClarendonPress，1982），pp.52—59.

[26] 例如，参见 1966 年《公民权利和政治权利国际公约》第 9 条；《欧洲人权公约》1950 年第 5 条；1969 年《美洲人权公约》第 7 条。

[27] R.J. Sharpe， The Law of Habeas Corpus（Oxford：Clarendon Press，1976）， pp89—124.

[28] 公约文本见 Goodwin－Gill，Refugee，附录 4、5。

[29] 难民和无国籍人地位全权代表会议，总结报告，UN Doc A/CONF.2/SR.3， pp.15—16； SR. 19 p.21； SR. 21， p.15。

[30] 随后更名为“难民和无国籍人特别委员会”， 1950 年举行了两次会议（1 月 16 日-2 月 16 日；8 月 14 日-8 月 25 日）；见 UNDocs.E/AC.32/SR. Ⅰ—32（第一次会议）及 E/AC. 32/SR. 33—43（第二次会议）。美国代表是路易斯·亨金。

[31] UN Docs.E/AC.32/SR.3，para.37—48；SR.5，pp.2—6；SR.17，paras.13，15—16，19，21，24.巴勒斯坦人、克什米耳人、印第安人、日尔曼族人、联邦德国内的中欧和东欧人被提议排除在外。

[32] NN Docs，E/AC.32/SR.7，paras.28，38，39.

[33]同上，SR.10，paras.45，52。亨金对一个差一点被解释为禁止难民表达政治观点的修正案特别留神，这一点上他们应和其它外国人享有同样多的自由。非法政治活动对谁都禁止，不应单把难民挑出来，否认他们有参与合法活动的权利。

[34] UN Docs. E/AC. 32/SR 11， para.43.又见 SR.23， paras. 37—39；SR41,paras.9—18.美国进一步支持了非歧视的建议；见 SR.23,paras. 55， 58； SR.36， pp.10—11，13，14，17； SR.37， PP.7，10—13。

[35] 第 2 条进一步规定，法律法规‘不得与该国的国际法律义务相轩轾，包括人权领域内的义务。(2)本宣言不得对国内法赋予的权利以及一国按国际法有义务赋予外侨的权利之享有造成损害，即便本宣言并未承认这种权利或在较小范围内承认这种权利。”第 5 条(1)：“外侨，按照国内法及符合所在国的有关国际义务的情况下，特别享有如下权利……”[又见第 5 条(2)]。

[36] 联合国大会第三委员会总结报告，UN Doc.A/C. 3/40/SR.72，para 17。

[37] 见自由参加工作组报告（1983 年 10 月）UN Doc. A/C. 3/38.5，para.78；（1985 年 6 月），UN Doc.A/C.3/40/1，paras.62，198；（1985 年 10 月）， UN Doc. A/C 3/40/6， para. 21。

[38] UN Doc. A/C.3/40/12， para. 18. 117， 118.

[39] UN Doc. A/C.3/36/11，para.18.英国删除这一条的建议在苏联的支持下获得成功；UN Doc.A/C.3/38/11（1983 年 11 月），para.62。

[40] UN Doc.A/C.3/39/9，PARAS.69-109，第 9 条规定：“不得任意剥夺外侨合法取得的资产。”

[41] UN Doc. A/C. 3/40/12， Para. 114.

[42] UN Doc. A/C. 3/40/SR.72，para.17.

[43] 同上，para，26； UN Doc. 3/40/12，paras. 73，128—129.与此

形成鲜明对照，有几个国家对本宣言与其它规定或宣告每人人享有权利的人权文件之间的不一致深表关切；见 UN Docs.A/C. 3/40/SR，71， para.56（墨西哥）；同上，SR.72，paras.14.（加拿大）及 22（瑞典）；A/40/638，Add.1（意大利）。

[44] 见，一般地，International Migration Review（1985），19：570—615；联大 40/130 号决议（1985 年 12 月 13 日）。

[45] 自由参加工作组报告（1985 年 6 月），UN Doc.A/C.3/40/1,paras.61—62，198；（1985 年 10 月），UN Doc.A/C.3/40/6，paras.21—22.联邦德国态度更坦率，称它决不会批准国际劳工组织 143 号公约，并扬言要它批准一个其规定“对雇佣国不怎么有利的”公约不太可能，还说那些处于非常规状态下的人应无条件地被排除在公约之外；UN Doc.A/C.3/40/1，paras.20—21，122，178。

[46] 自由参加工作组报告（1981 年 11 月），UNDoc. A/C. 3/36/10，paras.56—75， 73。

[47] 同上，paras.62，67。关于美国对国家施加压力鼓动“自愿退出”这种可能性的关注，参见同上，para.70，以及美国对刑法不溯及既往的看法。

[48] 自由参加工作组报告（1985 年 10 月），UNDoc.A/C.3/40/6，paras.114， 122， 123， 143。如果他们“是勤俭的”（国际劳工组织的 W. R.伯宁向我指出了这一点），难民和无国籍人按外来劳工公约能够获得的附加利益为什么还要被否定，这一点儿都不清楚。暂时达成一致的文本将“难民和无国籍人”排除在公约申请之外，“除非这种申请在有关成员国的国内立法或对该成员国有效的国际文件中已有规定。”

[49] 见 UN Docs. A/34/146，附件； A/35/401， Add. 1（美国观点），pp9—17。

[50] UN Doc A/35/401/Add.1.p.17， para 17， para 31.该原则草案（第 28 号）及美国的提议仍有待考虑；见自由参加工作组的报告（1984 年 11 月 26 日）， UN Doc. A/C. 6/39/ L. 10，paras. 109—11，及（1985 年 11 月 22 日）， UN.Doc.A/C./6/40/L.18， para.3。对被关押人士释放后的失踪和死亡事件，美国强烈支持进行独立调查，并发表调查报告，这一点也请注意。UN Doc. A/35/401， Add，1， p. 17， para.32；A/C.6/40/L. 18， PARAS. 33， 34.

[51] 130 U.S.581（1880）.也见 Louis Henkin， “The Constitution as Compaceand sa Conscience： Individual Rights Abroad and at Our Gates，” W■ ML.R.（1985，27：11）.

[52] 参见 Abourezk v. Reagan， 785 F. 2d 1043（D.C. Cir， 1986）。

[53] 注意《罗马条约》尤其是第 7 条，该条规定，在条约的适用范围内、并在不致于对特别条款造成损害的情况下，“任何基于国籍的歧视都应被禁止。” Goodwin-Gill，Movement of Persons，pp.83—87，168—186，299—306；Sundberg-Weitman，Discrimination on Grounds ofNationality：Free Movement of Workers and Freedom of Establishment Under the EEC Treaty（New York：North-Holland/Elsevier，1977），还要注意的是，一系列司法判决也将宪法传统、基本权利以及国际人权条约作为解释欧共体法律的指导方针。见 Nold v. Commission， C.M.L.R.（1974）， 2：338， 354；Rutili v. Minister of the Interior， C.M.L. R.（1976）， 1：140， 155；

及，一般地，A. Z. Drzemczewski，European Human Rights Convention in Domestic Law（Oxford：Clarendon Press， 1983）， pp. 229—259。

[54]见 Council of Europe， Report on the Political Rights and Position of Aliens， Doc. 3834（September 1976）， pp.6—11；Council of Europe， Human Rights of Aliens in Europe（Boston： Martinus Nijhoff， 1985）。

[55] Cour de Cassation（Chambre Criminelle）， Kande， 1984 年 10 月 4 日：Rec.Dalloz Sirey，1985，54； Vuckovic， 1985 年 4 月 25 日；Bogdan，1985 年 4 月 25 日；Le Monde， 1985 年 4 月 27 日。

[56]见行政法院在下列案件中的判决，Pardov，A.J.D.A（1975），31：143；及 Divdi，A.J.D.A.（1977），33：154。

[57] 下列方面要求平等国民待遇，法律援助（法令 72—11， 1972 年 1 月 3 日）；查阅行政文件（法令 78—753，1978 年 7 月 17 日）；警方采取措施的书面理由（法令 79—587，1979 年 7 月 11 日）。又见法令 80—9，1980 年 1 月 10 日。（The“Loi Bonnet”），J.Q.，1981 年 2 月 3 日，p.415 及法令 81-973,1981 年 10 月 29 日,J.Q.,1981 年 10 月 30 日,P.2970；Decret 82440，J. Q.，1982 年 5 月 29 日，p.1711。J.Costa-Lascous，“La Politique francaise de l ’ immgration et les droits de l ’ homme ”,CE Doc.DH/MC/Coll(85)6，提交给美国及欧洲偷渡问题研讨会的论文，斯特拉斯堡，1985 年 6 月 19 日至 20 日。

[58] J.Jaconelli， Enacting a Bill of Rights(Oxford：Clarendon Press，1980）pp.282—308.

[59] Joyce v. D.P.P. [1946] A.S.347; Goodwin-Gill, Movement of Persons, pp.35—37.

[60] 见其早一些的判决， Zamir v. Secretary of State [1980]A.C.1930。

[61] R.v.Secretary of State，ex parte Khawaja [1982]，2W.L.R321.

[62] In re Musisi，报告了 sub.nom.R.v.Secretary of State，exparte Bugdaycay 1987， A.C.514 per lord Bridgeat 531.Musisi 案涉及一个乌干达难民，该难民对把他遣送到肯尼亚的决定提出异议，他害怕肯尼亚当局会把他送回本国。

[63] 参见 R.v.Secretary ofState， exparte Hosenball ［1973］3AllE.R.452。

[64]例如，参见 J.R.Colay，The Founding of the Federal Republic of Germany（Chicago: University of Chicago Press，1958），pp.176—185；还有，一般地， K.H.Seifertetal.，Grundgesetz furdie Bundesrepublic Deutschland（Baden-Baden：Nomos，1985）。

[65]见 K. Doehring，“Nondiscrimination and Equal TreatmetnUnder the European Convention on Human Rights and the West Germany Constitution with Particular Reference to Discrimination Against Aliens,”他建议（p.311），“只要没达到被禁止的擅断界限”，在适用平等待遇原则方面，“外国公民身份就是一个可以接受的区分标准”。

[66]比较爱尔兰宪法第 40—44 条，这几条保护人身权利、家庭权利、公民的良知自由和宗教自由。最高法院在 The State（Niccoleau）v.An Bord

Uchtala（1966）I.R.467 一案中提出了对非公民的适用性问题，但未做决断。从其它影响非公民定居者的发展（包括投票权的扩大，《欧洲人权公约》下的义务，等等）来看，这些宪法权利同样可以对非公民适用。

[67] BVerfGE（Bundesverfassungsgericht：联邦宪法法院）34，382；BVerfGE 49，168.见 M. Singer "The Constitutional Court of the German Federal Republic: Jurisdiction over Complaints," I. C. L. Q. (1982), 31:331-356.

[68]前言第 2 条承认上帝至上和法治，第一条则保证那些 " 在法律规定的、可以在一个自由民主社会公开得到合法证明的、合理的限制下 " 确立的权利和自由。

[69]第 7—15 条。包括：" 生命权、自由权、人身安全权、以及除非根据基本

正义原则这些权利不被剥夺的权利 " （第 7 条）；不被无理搜查和扣押的权利，不被任意拘禁和关押的权利（第 8、9 条）；被逮捕和拘押者得知原由、接见律师的权利，并有权被告知这些权利，通过人身保护令途径对拘押的合法性提出质疑的权利（第 10 条）；刑案的程序保证，包括：在合理期限内审判，无罪推定，独立的、不偏袒的裁判机关的公正、公开的听审，不受溯及既往的责任或加刑的惩处，重罪由陪审团审理，享受一事不再理原则之利益（第 11 条）；不受任何残忍的、不寻常的待遇或处罚的权利（第 12 条）；不得自证其罪（第 13 条）；有权得到翻译（第 14 条）。第 15 条规定，除肯定性行动计划外（参见第 25 条——不得克减土著居民的权利和自由，第 26 条——其它权利和自由的延长）：" 法律面前人人平等，法律之下人人平等，人人有权不受歧视地，特别不受基于种族、国籍、民族、肤色、宗教、性别、年龄及精神和身体残疾的歧视地，获得法律的平等保护和法律的平等利益。 " 平等条款又被第 23 条（关于语言权利）、28 条（两性平权保障）进一步加强。第 24 条规定了执行和保护事项：" 本宪章所保护的权利和自由受到侵犯或被拒决的任何人，都可以向有法定管辖权的法院申请，以获得法院认为在该种情形下合适的、正当的救济。 "

[70]一般来说参见，Walter Tarnopolsky，The Canadian Bill of Rights（Toronto： McClelland and Stuart， 1975）。

[71] "Protéger tout individu…citoyen ou noncitoyen，contre la privation arbitraire de sa liberté et contrel' enlèvement du recourseal' Habeas Corpus de la part de celui qui se croit injustement detenu."

[72] Singh v.Minister of Employment and Immigration [1985]I.S.C.R.，P.177.关于难民地位程序的背景，对所适用架构的批评，及改革建议，见 Task Force on Immigration Practices and Procedures, The Refugee Status Determination Process（Ottawa：Employment and Immigration Canada, Public Affairs Division 1981）；E. Ratushny, A New Refugee Determination Process for Canada (Ottawa: Employment and Immigration Canada 1985)。加拿大政府 1986 年 5 月宣布了制定新程序的计划，1988 年新法通过，1989 年 1 月 1 日起实行。

[73]根据《联邦法院法》第 28 条，IAB（移民上诉委员会）的决定仍然要受联邦法院的司法审查；见 Kwiatkovsky v.Minister of Employment and

Immigration [1982]2S.C.R.（SupremeCourtReports）（Canada）856. IAB早些时候判例的完整回顾，见 R.Cantin，“Redetermination of a Claim To Be a Convention Refugee，”Revue Generale du Droit，（1984），15：609。

[74] Prata v. Minister of Manpower and Immigration [1976]1.S.C.R.376.

[75] 参见Boun-leua v.Minister of Employment and Immigration [1981] F.C.（FederalLawReports）（Canada）259。

[76] 408 U.S. 564，572（1972）.

[77] 此间曾明确提到 Knauff 和 Mezei 案中的判决。

[78] Duke. The Queen [1972]S.C.R.917，923（福特大法官）。

[79] 例如，参见 1965 年《外国人法》（联邦德国）第 6 条（2）。

[80] 见上文及注 11—14；又见《联合王国移民法》（1971），第 3 条第（5）款（b）项，允许基于公共利益的驱逐；还有 1945 年法国 45—2658 号法令第 23 条（公共秩序）；Goowin-Gill，Movement of Persons，pp. 247—255。

[81] Rutili v.Minister of the Interior，C.M.L.R.（1976），1：140；Drzemczewski，European Human Rights Convention，pp.246—247，又见注 73。

[82] Goowin-Gill，Movement of Persons，pp.64－65，83—87.

[83]对于这种例外的批评，见 W.McKean，Equality and Discrimination Under International Law（Oxford：Clarendon Press，1983），pp. 157-159。

[84] 注意美国对这一条的反对理由；见 M.M.Whiteman，Digest of International Law 8：378。174

[85] R.Higgins，“Derogation under Human Rights Treaties，”B.Y.I.L.（1976—77），48：281.

[86] Sharpe，The Law of Habeas Corpus，97—102，讨论了英国的战时立法；又见阿特金勋爵在 liversidge v.Anderson [1942]A.C.206 一案中强烈的不同意见。但是审查逮捕的行政程序还是存在的；见 Studyof the Right Everyone To Be Free from Arbitrary Arrest，Detentionand Exile，UN Doc.E/CN.4/826/Rev.1（1964），p.764，paras.753—787。

[87] 例如，在 Eshugbayi Eleko v.Officer Administering the Governmnet of Nigeria [1931]A.C.662 一案中，枢密院认为逮捕权的合法行使要看有关立法所设想的事实情况是不是客观存在。又见 R.v.Governor of Brixton Prison，ex parte Ahson [1969]2Q.B.222。

[88] Application No.176/56；Yearbook，2：177.

[89] 欧洲人权法院判决，1978 年 1 月 18 日，系列 A，第 25 号。Irelandv. United Kigdom。Publicationofthe European Court of Human Rihgts，Strasbourg.（K.G.Koln，Berlin，Bonn，München：Carl Heymanns，1978）.

[90] 见上，para.214，PP.81—82。

[91] J.Fawcett，The Application of the European Convention on Human Rights（Oxford：University Press，1969），p.248.

[92] 《欧洲人权公约》第 18 条规定：“根据本公约许可的对上述权利

和自由的限制，不应适用于已经规定的目的以外的任何目的。”见Application No.493/59，Yearbook，4：322，本案中申请者声称，政府命令逮捕他，不是为了维持公共秩序，而是为了去除一个政治上的反对派。

[93] 见 Kahn，“Discretionary Powerand the Administrative Judge，”I.C.L.Q.（1980），29：521.作者处理的本来全是国内（法国）法上对自由裁量权的控制，但也发了许多广泛适用的尖锐议论。他注意到要审查的决策将包括“公共权力机关所采取的行动，其目的是在特定情况下选用最适于达到某种目标的手段。对这些目标的讨论将导向对决定理由的审查……法律理由，”以及是否真的存在权力滥用“事实情况，分开来考虑，将引出这样的问题：决定是建立在实实在在的正确的事实基础上，还是建立在不正确的事实基础上。”最后是估计事实的问题和把法律适用于事实的问题；“这样的事实能合法地证明决定有效吗？”（p.524）。

[94] Goodwin-Gill，Mmovement of Persons，pp. 3—4，及引证的权威论断。

[95]见 United States Diplomatic and Consular Staffin Te-hran，I.C.J. Reports（1980），p.42，para.91.这一判决的一般效力不因此案中逮捕主要（但不是全部）涉及外交官和领事而受到削弱。作为“国际受保护人员”，他们无疑能从特殊规则中受益，但是难民（见 Goodwin-Gill，Refugee，pp.127—148）和其它种类的无国籍人差不多也能这样。不仅如此，该法官意见的冲击力还超出了被保护阶层，把人权文件范围内的“每一个人”都包括了进来。

[96] Goodwin-Gill，Movement of Persons，第11，12章。

[97] 又见1985年《联合国非居住国公民个人人权宣言》第7条：联大40/144号决议附件（1985年12月13日）。

[98] Carcia-Mir v.Smity，766F.2d1478（11thCir.，1985）.

[99] Michael Walzer，Spheres of Justice （New York：Basic Books，1983），p. 51.参见 John Rawls，A Theory of Justice（Cambridge，Mass：Belknap Press of Harvard University Press，1972），pp.114—117， 333—342。

[100] 参见 Peter H.Schuck and Rogers M.Smith，Citizenship Without Consent（New Haven：Yale University Press，1985）。

[101]参见 Neil MacCormick，Legal Rights and Social Democracy（Oxford： Clarendon Press.1982），pp.252，261。175

[102]基于 Rawls，A Theory of Justice，p.62。

[103]见 Goodwin-Gill，“Nonrefoulement，”p.897。

[104] Liechtenstein v. Guatemala，Nottebohm 案，I.C.J.Reports（1955），p.23。

[105]参见，1955 年 4 月 6 日判决，第二阶段。 Sadurski，“SocialJusticeand legal Justice，”Law and Philosophy（1984），3：329—354。“纯粹的程序正义……根本无正义原则可言。”（p.348）。七

紧急状态：拉丁美州与美国

克劳迪奥·格罗斯曼

本文的目的是比较美国和拉丁美洲在紧急状态方面的宪法性规范与实践。我将采用类似的分析方法分别对美国和拉美进行研究。我会谈到授予不同的政府部门宣布紧急状态的权力以及这些宣告对宪法权利的影响。最后，我将进行一种比较性的分析。[1]

在此项研究中，“紧急状态”将被宽泛地解释为这样一些情况：由于发生了某种（事实上的或声称的）对国家构成威胁的非同寻常的事由（如战争或内乱），政府中止人民的某些权利。[2]紧急状态以及法律在对之进行管制的过程中所起的作用具有特别的重要性，因此，它们一直是论辩的主题之一。紧急状态时常被用来作为减损人权和通过严苛的手段和武力以少数人的观点来取代一致同意的政治解决办法的借口。而且，一项紧急状态宣告会对政府产生持续性的影响；要使诉诸额外权力者放弃该权力并非易事。

美国和拉丁美洲国家都已认识到在国家生活中会发生一些紧急事件。不过，在对待这种现象的反应上，它们各有不同。

美国宪法认为：无论是在和平时期还是在危急时刻，都只有一种有效的政治秩序存在。“紧急状态”一词在美国宪法中不曾被提到，也没有其他的法律条文对紧急状态作过规定；只有人身保护令 177 状可能中止，而且也只在有限的条件下发生。尽管美国成文法中时常提到公共紧急状态，但国会活动和总统行使的权力要服从于对个人权利的宪法性防护，并可以通过法院来实施。

尽管美国宪政观念对拉丁美洲产生过影响（虽然它们经过了欧洲思想与实践的修正并被当地势力重塑），但在紧急状态法规的发展方面，拉丁美洲与美国在观念和制度上都已拉开了特别惊人的距离。拉美国家认为在紧急状态下存在一种特殊的法律统治。紧急状态规则已成为拉丁美洲宪法的一部分；它们当中有些允许通过颁布政令来管理，而有些则限制法院对紧急状态行动进行有效审查的权力。

不仅宪法上有原则规定，紧急状态在实践中有时意味着总统的绝对主权和对权利的粗暴践踏，而没有任何司法审查的有效控制。有时，紧急状态又为军队介入与超宪法政府之出台提供了依据和操作规程。正是出于美国和拉丁美洲的差异，它们对待紧急状态的不同举措就可以进行比较，并将焦点集中在它们对人权保护的影响上。[3]

紧急状态在美国

概览

1787 年美国宪法是在独立战争之后不久起草的。它在很大程度上受到一些英国作家的影响——这些作家倡导使用《大宪章》和 1689 年的英国权利法案之类的宪法性文件来制约政府的权力。[4]这一倾向特别地表现在通过一些文件以期界定和限制政府权力并为某些公民权利之保障提供依据。[5]有关政府权力的一个具体目标就是创造一种制衡的框架，以使政府不受流行政治哲学流变的影响而保持稳定。[6]起草者们还相信一部宪法应当明确规定反映更高法原则的某些基本人权。[7]正是由于牢记着这些基本原则，开国元勋们创制了联邦宪法。

宣布紧急状态的权力之分配

美国宪法并未对不同的政府部门宣布紧急状态的权力作出界定。因此，这种职权只能通过解释关于议会和总统授权的一般宪法规范来推知。

宪法第一条规定了国会的权力。该条第 8 款第 11 项赋予国会宣战的权力；第 15 项则指明它可以“规定召集民兵，执行合众国的法律，镇压内乱和抵御侵略。”此外，第 9 款第 2 项指出：“当内乱或外患滋生，公共安全需要其停止时，”可以暂停人身保护令状之特权。

总统的权力由美国宪法第二条中的三款加以描述：第 1 款，涉及总统的行政首脑权[8]第 2 款第 1 项对总统的总司令权作出了规定；[9]第 3 款则述及“关注权”。[10]在美国的早期宪政史上，人们接受这样一种观念：虽然国会有专享的宣战权，但总统有权力、甚至是义务去调动军事力量来保卫美国，如果它受到进攻的话。在 Prize 诸案中，[11]此案涉及到林肯总统在国会宣布内战开始之前下令封锁一个南方港口之行为的合法性，最高法院认为：“总统有权根据战争的需要”安排这次封锁。[12]代表多数意见，格利尔大法官宣称总统“有责任动用武力来抵抗武力。……有责任接受挑战，而不必等待任何特别的立法授权。”[13]提到总统所面临的紧急事态时，格利尔大法官写道：“他有义务依面对的情况去对待它，不必等待国会施洗命名。”[14]

总统的权限范围后来被美国总统们扩展了，他们主张有权以武力来保护美国国民及财产或者依照共同安全协议采取行动。[15]越南战争时期国会认为总统权力不适当地膨胀了，因此国会于 1973 年制定了《战争权联合决定》，旨在限制向国外派兵的行政裁量权。[16]

除了宪法中授予的一般权力之外，还通过成文法规授权总统在紧急事态中采取行动。“威士忌叛乱”是一个早期的例证。彼时，国会授权华盛顿总统“在一段有限时间内可以召募并派驻一个民兵团。”[17]这种权力被宣布由总统自由支配，如果他认为有必要“镇压不法团体，促使法律顺利实施”[18]的话。将近 150 年之后，在 Curtiss-Wright 一案中，[19]最高法院讨论了国会对总统 179 的授权问题。最高法院主张：总统享有一种广泛的授权，以禁止向参与查科（Chaco）地区武装冲突的国家出售武器弹药，只要他相信这种禁止有助于重新实现和平。[20]最高法院宣称：

> 我们在此所涉及的不光是通过行使立法权赋予总统某种权力，而是这种权力再加上一种总统在国际关系领域中作为联邦政府唯一机构的非常微妙且绝对的专属权——这种权力不必以履行国会法案为基础，但这种权力的行使理所当然地像其他政府权力一样必须服从相关的宪法条款。[21]

自 Curtiss-Wright 案之后，已有 470 余部制定法将这样或那样的紧急权力授予总统。[22]这些法律关涉的紧急事态范围极广，从自然灾害、劳工冲突、经济危机直至威胁国家安全的事件。在各种紧急状态法中，总统被授予了不同程度的权力：从有限的在紧急事态中采取行动的权力（伴随有宣布紧急状态时必须遵从的严格标准），到宣布紧急状态、采取措施来对付紧急事件和确定紧急状态终止的条件等方面的广泛的自由裁量权。[23]1976 年，国会制定了《国家紧急状态法》，以防止任意行使宣布紧急状态之行政权。[24]

该法要求总统每六个月向国会详细汇报他应付紧急事态的计划，并随后向国会递交一份报告，以供审查。[25]而且，国会保留了通过两院多数票表决终止紧急状态的选择权。[26]

除上面提到过的国会宣战、总统动用武力防卫或国会授权总统这些情形外，总统的其它权力都相当含糊和不确定。有这样一种状态：不存在战争，但总统觉察到了某种紧急事态的存在而国会疏于采取独立的补救措施，只要考察一下此时总统宣布紧急状态权力的合法性，此项权力的不确定程度便昭然若揭了。总统的这一权力主张往往基于各种各样的前提，从极端的“管家”理论[27]（依此理论，总统在紧急事态存续期间可以做任何宪法不曾禁止之事），到“合宪性”理论（依此论，“总统必须基于明列的权力或是具体权力所暗含的权力为其全部行动寻找合法理由。”[28]

在 Youngstown Sheet and Tube Co.v.Sawyer 一案中，[29]最高法院认为总统在没有宣战的情况下没收私有钢铁厂的行动是非法的，他无法从宪法第二条的各种明文授权中为自己的行为找到辩护理由。国会先前曾拒绝授予总统在该种状态下没收财产的权力。[30]在提到紧急事态中总统的不同程度的权力时,杰克逊大法官于 Youngstown 一案的附合意见中提出了一种已成经典的 180 表述：

> 1.当总统依据国会明示或暗示的授权行动时，他的权力就最大，因为它此时包括了所有依其本职所享有的权利再加上所有的国会授予他的权力……
>
> 2.当总统未得国会授权亦未遭否决而采取行动时，他所能依靠的就只有他自己的独立权力；但这里存在一个交叉领域，在此，他和国会也许同时享有权力，或权限划分极不确定……。
>
> 3.当总统采取的措施不见容于国会明示或暗示的意愿时，他的权力最小，因为此时他所能依仗的只有他自己的宪法权力再减去所有国会在该项事务上享有的宪法权力。[31]

从上面提到过的宪法与制定法规范及最高法院对 Youngstown 一案的裁决来看，在建构的宣告紧急状态授权的美国方式上已出现了一些主要参数。在美国制度中，总统和国会都有宣布紧急状态权的宪法基础。而且，国会已通过一些制定法将它的一些宪法权力授予总统。虽然有些法规授予了广泛的权力，但它们并非不受限制，其中包含一些要求总统遵从的实体和程序上的限制。在这方面，特别值得注意的是国会于 1976 年通过的《国家紧急状态法》加强了自己的监督权。[32]

在缺乏宣布紧急状态之宪法或法律授权的场合，总统针对紧急事态采取的行动鲜有可能被视为合法。若是紧急事态出现，而国会却未曾觉察或未采取及时的补救措施，它的不作为就造成了一种诱使总统去填补的真空。在这种情况下，一些并非严格法律化的因素——如对总统调动美国人民的支持、他的声望高低以及特定紧急状态的具体情境——在形成总统权力的实际界限上会起相当大的作用。

司法机构行使司法审查职能的权力是美国传统中值得特别关注的另一主要成分。一项有关紧急状态的总统决定在适当的情形下可能受到司法机关的审查，以确定宣称的紧急状态是否属于相关的宪法及法律条文所规定的紧急状态之列。[33]虽说在估计宣布紧急状态所必要的既存条件方面，应当承认法官显得不愿用自己的意见来取代国会和总统的见解，[34]但在 Youngstown

一案中，由于找不到对总统的宪法或法律授权，最高法院还是行使了它的审查权。[35]

紧急状态对公民权利的影响

人身保护令状的中止

遵从英国传统，当确定对宪法所保障之权利的限制时，美国宪法中并未在战争状态、紧急状态与和平状态之间作出一般性的区分。唯一的例外是宪法第一条第 9 节第 2 款规定的：“人身保护令状之特权不得被中止，除非在内乱或外患之中公共安全要求这样做。”通观美国历史，令状被中止的情况非常罕见，既便在两次世界大战之类的重大紧急状态中也是如此。[36]为了比较美国和拉丁美洲关于中止人身令状的法规，有两点须在这里辨明：中止此种令状之权力的设立；以及发生这种中止的条件。

中止人身保护令的权力分配

美国宪法不曾明文规定哪个机构（如总统或国会）可以命令中止令状。尽管中止令状的条文授权出现在宪法第一条中提到国会权力那部分，但是林肯总统在内战期间自作主张地于 1861 年 7 月 4 日和 1862 年 8 月 4 日先后两次中止美国某些地区的令状特权，[37]并且国会于 1863 年 3 月 3 日认可了这一作法；[38]他的作法没有受到批评，国会也没有宣布对他在这方面的权力加以宪法性限制。[39]那时，宪法所规定的总统之权限范围尚未有确切答案，对此问题亦无事后的司法解释。[40]

结果，中止令状的权力问题近似于有关宣布紧急状态权的问题。无论在哪一种情形下，国会的通过所有必要和适当之法律的权力都可以被解释为允许它制定法律来对总统行动进行授权、界定或排除。[41]而且，我们应当注意到：虽然在《紧急拘留法》中，[42]国会曾授权总统在有合理依据相信某人可能参加或与他人共谋从事间谍或颠覆活动时下令逮捕或拘留他（她），但该法已于 1971 年被国会废除，它还明确宣布：“除非依据一项国会法令”，任何公民均不受美国羁押或拘留。[43]再者，我们应当时刻想到：一项确认紧急状态存在的决定可能会在适当的情形中受到司法审查，通常在紧急状态结束之后，以查明宣称的紧急状态是否真的存在。[44]

中止人身保护令状的条件

宪法要求：要中止此种令状，须有外患或内乱或即刻发生的危险为前提（第一条，第 9 节，第 2 款）。内战期间，这一标准被总统解释为：只有当一种实际存在的紧急事态威胁到国家之生存时，方得为之。[45]再者，宪法也未曾把搁置简单地规定为外患或内乱存在的自动结果；中止须出自“公共安全”的要求。[46]因此，中止当与其时事态之性质相合拍，当紧急事态过去之后，它也必须终止。一项僭越了情势之急需或超过其期限的中止便不是为“保护公共安全”所必须的了。

对其他宪法权利的影响

虽然美国宪法只提到人身保护令状的中止，在紧急状态中，许多其他的宪法权利亦可能受到影响。

戒严法的宣布

依照戒严法，对人和财产的控制都被置于戒严规则和军事法院之下，这种法院不遵循普通法院的程序要求。[47]对普通公民适用军法在美国是受到严格限制的。在 ExParte Milligan 一案中[48]，被告是一个在内战中支持联邦政府权力的州的公民，在那里，普通法院照常开放且运行无碍，美国最高法院认为军事法院没有审问被告的管辖权。在法官意见中，法院提到这样一个事实：戒严法之施行不能仅仅是基于侵略之威胁："（戒严法的）必要性必须是实存的和当下的；侵略必须是现实的，比如，它实际已使法院关闭，使文官管理失效。"[49]

在 Duncan v.Kahanamoku 一案中，[50]最高法院再次对适用军法的有效性作出裁决。该案涉及夏威夷地方政府在日军突袭珍珠港之后宣布的戒严法。依法院之见，当普通法院尚能运作之时，不能用军法来管理人民。[51]不过，Duncan 案的裁决与参战人员无关。在 Ex Parte Quirin 一案中，[52]最高法院拒绝签发人身保护令状，支持对八个"间谍和从事破坏活动者"适用军法，这些人未得军方证明而非法进入美国，其中有一个为美国公民。

最高法院在保护人民免受滥用军事法院之害上所适用的标准很严格，但在涉及戒严法的其他领域，尚无相似的严格规范。1942 年 2 月 19 日，罗斯福总统签发了一道命令，规定：陆军部长或他指定的军队司令官可以划定军事区域，将人民从其中驱散出去，而且，任何人进入、停留于或离开该区域的权利都受"陆军部长或适当的军队司令官依其裁量权可以施加的任何限制。"[53]1943 年 6 月，在 Hirabayashi v.UnitedStates 一案中，[54]最高法院支持了一项由总统令施加于日本居民的宵禁。法院认为这是总统和国会采取的一种共同措施，因此避免了对总统主动施行宵禁的权力加以规制。法院不希望事后评论"他们行动的理智性或用自己的判断来代替他们的判断。"[55]这项宵禁令致使 112000 个日裔居民被逐出家园，后来又遭拘禁，其中大约有 70000 人具有美国国籍。[56] 1944 年 12 月，最高法院在 Korematsu v.UnitedStates 一案[57]中认定这项驱逐令有效。不过，有一点很值得注意：最高法院并不认为宪法不允许它审查对其他政府部门的决议；最高法院只是在它所审查的具体案件中遵从了其它部门的决定。还应当注意的是：于作战区域适用军法（不同于对普通民众适用军法以示惩戒的情况）迄今为止已被视为战时总统决策范围内之事，这导源于总统作为三军总司令的宪法权力。[58]

国会授权

在美国，在紧急事态中对宪法权利的其他限制主要出现在两次世界大战期间国会对总统的授权。授权范围不仅包括征用食品和燃料、固定价格、宣布某些出口为非法及限制与敌国和其盟友的贸易等方面，还包括审查与别国的通讯、管制在本国的敌国人之行为、征用工业产品、调整或取消为生产战争物资而订立的合同以及限定物品配给等方面。[59]法院继续行使其正常的审查权以防止总统在使用这些授权时越出其法定或宪法权限。[60]

紧急状态在拉丁美洲

概览

拉丁美洲国家独立之后，美国与法国革命所提供的宪法范例成为它们考虑的对象。在紧急状态方面，它们选择遵循了法国方式。[61]

在一部颁行于 1791 年 7 月 8 日的法国法律中,确定了影响一国或其领土之一部分的三种状态；和平、战争以及戒严。在和平状态下，文官政府完全独立于军队并行使其全部权力。战时，文官政府保留其普通权力，但在国家安全必需时与军队进行合作。在戒严时，文官政府得受军队之统治，后者负责内部秩序之维护。戒严，被认为是最严重的状态，适用于“ 战场或军事阵地……在那里，由于封锁或包围而不再可能交通来往。 ”[62]

1815 年宪法的一部修正案拓宽了宣布戒严的条件范围，除外敌入侵还包括了内乱。[63]由于认识到这种扩展可能会给人民的权利享有带来严重后果，内乱期间宣布戒严的权力被单独赋予立法机关。不过，在外敌入侵的情况中，这种权力归于政府的行政部门。[64]拉丁美洲国家采纳了这样一种法国观念：必须在宪法层次上严格区分和平状态与紧急状态。

紧急状态的宣布

像美国宪法一样，大多数拉丁美洲国家宪法都认可了代议制民主和分权的原则。它们也建立了总统制的政府，而不是许多欧洲国家所采用的议会制，但总统在这里比在美国更为强有力。此外，尽管所有拉丁美洲宪法都认可了人权的固有价值，它们也规定在某些特别情况下可以减损某些权利，这些特别情况指的是“ 戒严 ”或适宜于“ 及时的防卫措施 ”、“ 总统的特别权力 ”、或“ 宪法保护的中止 ” 的状况。[65]这些宪法提到了有权宣布紧急状态的机构，也提到了该机构可以有效宣布紧急状态的条件。

宣布紧急状态权的分配

在多数拉美国家，都是国会拥有宣布紧急状态的权力。这种授权在拉美宪法中表现出两种形式：或是规定国会为唯一能够宣布紧急状态的机构；或是允许行政机关在某些特别情况下代行此权，如议会休会、外敌进攻等。[66]只在少数几个国家中，这种重要职责由总统掌握。[67]在拉丁美洲宪法理论中，国会宣布紧急状态的权力得到可观的支持。拉美国家的多数国际法学者都同意只应当赋予人民代表在像宣布紧急状态这样重大的情况中影响人权的权力。[68]原则上，宣布机构也应被授予结束这种紧急状态的权力。不过，有些宪法规定了经确定时间后自动结束紧急状态的制度。[69]

但是，在实践中，由于各种各样的原因，行政机构在拉丁美洲的宣告和结束紧急状态的领域扮演着最强大的（如果不是唯一的）角色。[70]这种现象在很大程度上应归因于总统在整个政治结构中的地位。为拉美社会政治、文化和社会经济的结构所支持的总统主导性，是拉美政治体制形成之初就已渗入其中的普遍特征。

总统角色的膨胀表现为不同的形式。在拉丁美洲，总统通常被视为有立法权的共同立法者。由于总统职务的权力，作为整个国家之代表的总统提出的议案，比由议会的单个议员提出的议案更有可能得到批准。[71]而且，总统还可以诉诸比如乘议会休会时宣布紧急状态或宣称某次紧急状态的延期无需得到国会肯定的和明示的赞同等手段来扩大自己的作用。这样，除非国会否决它，紧急状态将持续生效。[72]尽管总统权力如此增长的效力似乎很可疑，但它的确是在宪法框架中发生的，哪怕只是理论上如此。国会保留着取消或影响行政行为的权力。总统即使在紧急状态期间也不能永久性地改变国家的宪法结构，改变国会或司法机关的权力，或者无视国家官员（包括总统）应当无记名投票选举这样的要求。说到这里，有一个现象值得注意：由于拉丁美洲的总统有着广泛的权力，这些国家建立了禁止总统连续当选（continuismo）的制度。这些因素为使人民的权利免受紧急状态宣告之侵害提供了一定的限制措施，如果不是完全的保护的话。[73]

不过，当一种既定的宪政民主秩序为政变所打破时，权力行使便不在宪法框架之中了。与美国不同，所有的拉美国家都深受军队介入政府机构之害。军事当局一般声称出现了使它们获得权力的紧急状态，以此集中（尽管程度不同）全部的宪法权力而运转下去。不过，在某些事例中，军方视政变为一种过渡性干涉，它将随着紧急状态的消除而告终，且由此使得宪法确定的各种有效权力得以恢复。[74]

当军队试图以“国家安全”学说为名建立一种新的、永久性的政治秩序时，就会出现一种更为激烈的事态。[75]这一学说的突出信条是：在西方基督教世界与共产主义之间存在一种永久性的战争状态，自由民主制以及其所支持的多元主义、人权和权力制衡的宪政体制并不是一种必不可少的价值，它必将导致对西方文明的内在及外在敌人的屈服。[76]依照国家安全理论，紧急状态不再是一种例外，它成了由一个全能的行政当局所宣布和支持的正常秩序。[77]

因此，在拉丁美洲，行使紧急状态权的理论和实践之间存在着一种冲突。从理论上说，拉美式的方法一直承认在紧急状态下政府权力可能有一种不同的分配方式，它通过一定的制衡措施来避免权力的滥用。但在实践中，权力滥用成了一般规律。在法律所提供的制约机制下，行政机构照样一贯性地行使着广泛的权力。滥用紧急状态权的情况经常导致对基本人权的任意否定。

紧急状态权在执行中被滥用的原因十分复杂，并受到经济、政治及社会影响的左右。虽说如此，我们仍然可以看到：与美国宪法不同，拉美宪法明显有和平状态与紧急状态的区别。于是便产生了这样一个有根据的问题：是不是这种区分本身促成了紧急状态下对人权的践踏。

宣布紧急状态的标准

分析宣布紧急状态的标准和分析司法审查是否符合标准的可能性，使得对这个问题的认识更进了一步。多数拉美宪法规定只有在可能存在外敌进攻或内部骚乱的情况下才能宣布紧急状态。[78]还有些宪法明确要求进攻或内乱必须现实或迫在眉睫。[79]多数拉美宪法还进一步要求这种战争或内乱必须危及宪法、宪法所确立的政权、国家及其机构的安全与防务、政体、或社会自身。[80]

虽然“ 必要性 ” 普遍被认为是宣布紧急状态的一项有效标准，但对其范围却有不同意见。拉美宪法条文为必要性规定了严格的标准，要求事件影响整个国家、特别重大和现实或迫在眉睫。[81]

但在实践中，政府往往对“ 必要性 ” 一词作更为宽泛的解释，特别是涉及到内乱事件时，拉丁美洲的大部分紧急状态宣告都以内乱为理由。[82]这种作法有时明显地与宪法文字相抵触。举例来说，海地就有过以宽泛解释‘ 必要性 ” 一词为手段来行使紧急状态权的历史，尽管该国宪法中对此有严格的规定，要求只有发生特别重大的现实或迫在眉睫的事件时方可宣布紧急状态。另一方面，尽管墨西哥宪法对紧急状态规定较宽，但该国却极少 187 诉诸紧急状态权。[83]宪政民主政府一直在多重约束下活动，而由军事政变产生的政府则明目张胆地把自己的生存当作国家的需要。

在拉丁美洲国家，法院对行政和立法活动的审查权普遍得到认可。不过，这些法院都认为具体环境下是否需要宣布紧急状态是一个政治问题，并避开对这些宣告的有效性进行审查。[84]哥伦比亚在这方面是一个有限的例外，其最高法院明确地被赋予审查紧急状态宣告之有效性的权力。但该国法院认为自己被赋予的权力仅仅是确定一项戒严宣告令是否依据法律要求之形式得到了批准，而不是去问政府的动机。[85]当由于军队介入政治引起一项紧急状态宣告或延期时，法院勉为其难的状态就变成了彻底无能。

《美洲人权公约》在单个国家的司法审查之外建立了一种国际性审查尺度。这部到此为止已有美洲国家组织 20 个成员国[86]批准加入的公约中，有一专门针对紧急状态的条款。这一条款，也就是第 27 条，有一部分是这样的：

> 1.当战争、公共危险或其它威胁一个缔约国独立或安全的紧急情况发生时，该缔约国可以在形势紧迫所严格需要的范围和期间内采取措施，减除其根据本公约承担的义务，如果这些措施与其担负的其他国际法义务不相抵触的话，而且也不引起因种族、肤色、性别、语言、宗教或出身而产生歧视的话……
>
> 2.实施权利中止的任何成员国均须将情况立即通过美洲国家组织秘书长告知其他成员国，包括暂停实施的各项规定、暂停实施的理由及结束这种权利中止的日期。

中美洲人权委员会在其国家及年度报告中都宣称自己有权通过分析宣告紧急状态的理由是否正当来衡量该宣告的效力。例如，在它的关于哥伦比亚的 1981 年报告中，委员会指出有关戒严的宪法规范只有在特别严峻的局势下才允许对权利加以减损[87]。与此类似，在它的 1981 年玻利维亚报告中，该委员会宣布“ 依委员会之见，玻利维亚当局在事态的严重性与所用措施存续期两方面无视美洲公约对采取这种（紧急状态）措施所加的限制，超越了国家活动的权限。 ”[88]在其 1983 年尼加拉 188 瓜报告中，该委员会指出：根据公约第 27 条第 1 部分之规定，“ 紧急状态应当具有一种严重性，由于一种少有的情境而发生，并真正对国家的组织生命构成威胁。 ”[89]宣布紧急状态的宪法标准在拉丁美洲被普遍滥用了，而且，在实际生活中司法机关的权力受到巨大侵蚀。尽管中美洲的制度提供了一种宣布紧急状态的标准，并建立了一套国际监督体制，但其功效尚未得到充分实现。

紧急状态宣告对公民权利的影响

不同于美国宪法的是，所有的拉美宪法中都有条款对和平状态与紧急状态作出区分，允许在已宣告紧急状态的情况下搁置宪法权利。大多数拉美宪法都列出了可被中止的权利，[90]而有些（如委内瑞拉宪法）则提到了那些不能被中止的权利。在所有这些宪法中，个人免受羁押的自由都被认为是一种可减损的权利，而且政府可以进行预防性逮捕。不过，有些宪法要求对依紧急管制而受羁押者与普通刑事犯作分别关押，[91]并给予前者在紧急状态期间离开本国的选择权。[92]

按照拉美国家宪法之规定，虽说包括新闻自由和集会自由在内的范围十分广泛的其它权利都可能受到限制，生命权却被认为是一种绝对的权利，因此不受紧急状态宣告之影响。在中美洲范围，《美洲人权公约》列出了一个不能被搁置之权利的清单。

> [第 27 条第 1 款]未曾许可暂停实施如下条款：第 3 条（法律人格权）、第 4 条（生命权）、第 5 条（人道待遇权）、第 6 条（不受奴役权）、第 9 条（不受溯及既往的法律约束的自由）、第 12 条（良心与宗教信仰自由）、第 17 条（家庭的权利）、第 18 条（姓名权）、第 19 条（儿童的权利）、第 20 条（民族的权利）、以及第 23 条（参政权），或暂停实施为保护这些权利所必要的司法保障。

公约还建立了一套其他权利可以中止时需要考虑的关于必要性、期限、比例及非歧视的标准。[93]然而，现实已经表明：紧急状态下侵犯基本权利的情况广泛存在于拉美各国。在军事管制期间，情况更是如此。[94]

在紧急状态下，拉丁美洲司法机关监督宪法规范是否得到遵守的作用普遍受到限制。法院不能审查政府行为是否合宪，在它们看来，这种审查和宣布紧急状态的有效性一样都是一个政治问题。[95]在极少的几个事例中，法官试图限制军队在军事管制中的肆意妄为，他们受到冷遇、压制或被禁止对包括政治犯罪在内的所有刑事案件进行审查。[96]与美国的司法机关一样，在拉美，宪制的司法机关在和平时期都给人民以宪法保护。[97]但在紧急状态中，司法机关常常对自己审查行政行为的权力作狭义解释，特别是在一个具体案件中它不愿意审查中止可减损之权力的行政行为，但是，当行政行为侵犯到不可贬抑的权利时，司法机关往往会诉诸程序性救济措施，如墨西哥的保护令（Writ of amparo）[98]或巴西的保全令（ mandato de seguranca），[99]来提供帮助。而且，在中美洲范围内的具体案件上，中美洲人权委员会和中美洲人权法院提供了在那些已接受其管辖的国家中实行国际性审查的可能。[100]

除了对宪法权利加以限制之外，在紧急状态期间还可能出现其他非常措施。实践中，拉丁美洲的总统们已经由议会通过的宪法条款或国会的委托授权赋予了在紧急状态下以发布命令的形式来立法的权力。这种广泛的权力在许多场合因无端宣布紧急状态而被滥用了。总统利用这种宣告谋求权力增长以达到各种目的：加速立法进程、强加不得人心的措施或压制政治对手。这些总统权力的使用之方便（许多情况并不存在真正的紧急事态）使得拉丁美洲的宪法学说对此提出正当的批评。[101]例如，在智利，马里奥·贝纳斯基纳·冈萨雷斯就批评了依据 1925 年宪法而大量利用紧急状态权的事例，指出：“总统一遇到凭借警察力量就可以镇压下去的内乱，马上就要求行使特别权力，而国会也不分析一下是否存在这样一种紧迫的必要性，立刻就授权给他。”[102]不过，对分权制还有一种更激烈的抨击，这种情况发生在军事

政变中，此时，立法机构的职能干脆就被行政机关取而代之了。[103]

戒严法是紧急状态中通常使用的另一种手段。[104]尽管军事政变导致了戒严法的使用并把军事法院管辖权扩展到老百姓，[105]拉丁美洲的民主政府通常还是只把在紧急状态中使用戒严法当作一种恢复秩序的手段而不会用它来代替普通法院的管辖权。[106]

结论

在美国宪法和拉丁美洲各国宪法中，都提到保障公民自由是国家的首要目标。即使未能真的实现，这一目标毕竟为反对独裁和滥用紧急状态权提供了一种有效而又合法的基准。这些标准的重要性往往表现为空谈公民自由，这种唱高调的政府同时又在践踏人权。它们还不能创造出可以避免理论与实践相冲突的关于国家权力行使的替代价值。[107]

拉美国家的宪政结构及不同政府部门在紧急状态中的职权显示出，至少在起初，存在一种与美国相对应的结构和职权。例如，两者都对分权原则明确地表示认同。但在实际生活中，美国与拉美各国的政府各部门在紧急状态中扮演的角色及其相互关系却大不相同。

在美国，总统与国会在涉及紧急状态期间划分各自准确权限的问题上存在着一种潜在的紧张关系。自林肯就任总统之后，国会就试图通过成文法案向总统授予紧急状态权的方式来澄清美国宪法中不明确的行政权力部分。这样的立法并未强烈限制总统在紧急状态中的选择方案，但却为总统行动的范围建立了一种明确的法律框架。而且，这样的立法还允许议会维护自己的宪法地位，并可能允许它在必要或适当时候超越总统权力来采取断然行动。在紧急状态期间，国会和总统是仅有的两个行使宪法性权力的政治核心。一方若疏于行使自己的权力，另一方的权力就会在合乎宪法的框架内获得增长。

在拉丁美洲，总统一直是紧急状态期间的主要行动者。立法机构在拉美更多地表现为一种议事场所，而不像是一个真正的政府权力中心。当总统无法控制局面时，额外的权力往往并不落到议会身上，倒是由一些无宪法授权的角色（如军队）来填补空缺。结果是，总统在行使自己权威方面失败往往导致整个宪政体制的失败。

分析美国和拉丁美洲司法机关在紧急状态期间的运作还提出它们之间某些相似性。在两者中，司法机关的作用都受到政治问题信条的限制。美国和拉丁美洲民主国家都认为不应当用军事法庭惩罚普通公民。不过，美国司法机关所起的作用却要大得多，它们可以在紧急状态结束之后对总统和国会的权力设立宪法性限制。我们也应注意到：美国司法机关从未遇到像许多拉美国家发生过的那么大量的粗暴践踏人权的事件。另一方面，在拉丁美洲的舞台上，值得注意的是，一些国际性机构正获得发展，它们有潜力在超国界层次上行使有效的司法控制，尽管这尚未成为现实。

在美国和拉丁美洲各国制度之间，除了存在上述差异之外，还有一种重要的不同：美国宪法未曾对和平状态与紧急状态作出区分——这种区分允许在紧急状态下强制实施一种不同的政治秩序。尽管美国国会制定的一些法律授予总统某些紧急状态期间的特别权力，但美国宪法有一种基本假定：在和平时期和紧急状态下，都只有一种统一的有效法律秩序。而在拉丁美洲只要宣告了紧急状态，几乎就能自动导致实施一种独特的秩序，某些公民自由权

就将被缩减。

在拉美，很难确定和平状态与紧急状态的宪法区分在何种程度上应对紧急状态宣告及随之发生的政府权力滥用负责，而在何种程度上这种区分又仅仅是拉美各国社会结构和文化的反映。而不论是哪种情况，这种区分都为剥夺个人自由提供了理由。

注释

[1]拉丁美洲各国法律制度的数量以及每个国家的众多宪政变迁都决定了这种分析的概略性。尽管拉美各国有着共同的大陆法传统，但自从它们获得独立之后（主要在十九世纪），这些国家都各自发展起了不同的法律体系，并由此导致了迥异的宪法和政治秩序，如巴拉圭与哥斯达黎加、智利与阿根廷便是此。

[2]值得一提的是，研究紧急状态就像研究与健康相关的疾病一样。必须把紧急状态期间的规则同正常条件下适用的法规相比较。这样，对紧急状态宣告力图保存或恢复的法律秩序之本质或性质所作的考察就应当纳入这种必要的比较性分析之中。

[3]没有哪个拉丁美洲国家只有过一部宪法。拉丁美洲的宪法常常像一个政党的政治纲领或一个相当短的政治年代的宣言那样，随着政府或一种政治体制之主导哲学的转换更替而变迁。而且，许多拉丁美洲国家都经历过普遍轻视宪法制度和规范的时期。这些原因使得持久性原则很难与临时措施区别开来。在一个半世纪的时间里，拉丁美洲已经出现过大约190部宪法。参见J.Merryman和D.Clark编辑的Comparative Law: Western Europe and Latin American Legal System （Indianapolis:Bobbs Merrill，1978），p.333.

[4]参见 B.Rodick 的 American Constitutional Custom（New York: Philosophical Library，1953）一书，pp.9—23，有关英美宪法传统的内容。

[5]在美国联邦宪法尚未通过、《邦联条款》亦未出台之前，殖民各州就已经通过了一些管理规章、成文法典以至自己的州宪法，同样涉及到这些问题。

[6]参见 R.Hofstadter 的 The American Political Tradition（New York:Rnopf，1956）一书中有关美国宪法作为古典的“均衡政府”理想之体现的内容。

[7]参见E.Mensch的“The History of Mainstream Legal Thought”一文，收录于D.Kairys编的The Politics of Law:A Progressive Critique（New York:Pantheon Books，1982）一书中，pp.19—23，讨论了“高级法”原则；以及 R.Loss 编的 Corwin on the Constitution（Ithaca: Cornell University Press，1981），pp.79—139，谈到了该原则及它与宪法的关系。还可参考 R.L.Perry和J.C.Cooper编的Sources of Our Liberties(Chicago: American Bar Foundation，1959）一书，pp.143—161，其中照录了“The Body of Liberties”——一个州法典的实例（马萨诸塞州， 1641），该法典明确地表达了公民们的许多种自由权，包括正当程序、法律的平等保护和不受苛罚的自由等项权利。

[8]关于行政首脑的权力，请参见：E.Corwin,The President,Pree 5thed.(E.S.Corwin ， ed.NewYork:N.Y.U.Press ， 1984) p.141.R.Bland ， T.

Hindoson, J. Paltason.

[9]关于武装部队总司令的权力，参见:The Constitution of the United States of America: Analysis and Interpretation, 92d Cong., 2d Sess.（1973），S.Doc. No.92—82(prepared by the Congressional Research Service, Library of Congress), pp.449—473.

[10]关于“注意权”，参见:Corwin, The President, pp.155—161.

[11]The Prize Cases, 67U.S.635（1963）.

[12]同上，第671页。

[13]同上，第668页。

[14]同上，第669页。

[15]参见:J.Nowak, R.Rotunda, and J.Young, Constitutional Law, 2ded.（St.Paul:West, 1983），pp.211—213.

[16] War Powers Joint Resolution of 1973, Pub.L.No.93—148, 87 Stat.555 （codified at 50U.S.C.secs.1541—1548）.

[17]Whiskey Rebellion Suppression Act of 1794, chapter1, 1 Stat. 408.

[18]同上。

[19]United Statesv. Curtiss-Wright Export Corp., 299 U.S.304（1936）.

[20]同上，第304页。

[21]同上，第319—320页。

[22]National Emergency: Hearings Before the Speci - al Committee on the Termination of the National Emergency of the United States Senate, 93d Cong., 1ft Sess. 502 (1973),以及Tom C.Clark大法官的事后申明，“National Emergency Powers,” Congressional Quarterly Almanac（1974），29:778—779.

[23] National Emergency Hearings.

[24] National Emergencies Act of 1976, Pub.L.No.94-412, 90Stat.1255 （codified at 8U.S.C.sec.1481；10U.S.C.sec.2667；16U.S.C.sec. 831d；50U.S.C.sec.1601, 1621, 1622, 1631, 1641, 1651；asamended at 12U.S.C.sec.95a, 50U.S.C.App.sec.5 [b].)

[25]National Emergencies Act of 1976, Pub.L. No.94—412, Title2, Sec.201（a）.

[26]同上，Title2, sec.202（b）.对于不经总统签署或无视他的否决权而直接由议会来取消紧急状态一事，有人怀疑其合宪性。参见 Immigration and Naturalization Service v. Chadha, 462 U.S.919（1983）.

[27] Theodore Roosevelt, An Autobiography（London, New York:Mac-millan, 1913），p.389；A.T.Masonand W.M.Beaney, Tne Supreme Court in a Free Society（New York:Norton, 1968），p.57.又见Corwin, The President, pp.169, 176.

[28] Mason and Beaney, Supreme Court, p.51.亦可参见:S.Sofaer, “Emergency Power and the Hero of New Orleans,” CardozoL.Rev.（1981），2：234—336.

[29]Youngstown Sheet and Tube Co. v. Sawyer, 343 U. S. 579 (1952).

[30]见 Corwin，The President，176—180.

[31]Youngstown，at 635—637.

[32]参见注 24—26。

[33]National Emergency Hearings, pp.331-332,见于 Cornelius P. Cotter 博士提交给委员会的论文 “Congress as Source and Overseer of Emergency Power”.

[34]同上，第 331 页。

[35]Special committee on National Emergencies and Delegated Emergency Powers, A Brief History of Emergency Powers in the United States, U. S. Cong., 2d Sess. (Washington, D. C.: GPO, 1974), p. 16. 关于美国法院的一般权利，请参见 Nowak, Rotunda, and Young, Constitutional Law, part 3. 亦见 Ex Parte Milligan, 4 Wall. 2,20 (1866).

[36]人身保护令状的暂停实施只有四次：一次是内战期间（1861）被林肯总统；一次是在南卡罗莱纳，为了同“三 K 党”作斗争（1871）；一次是在菲律宾；还有一次是在日军空袭之后被夏威夷州州长依法定权力（并得到罗斯福总统的事后同意）搁置（1941）。

[37]Corwin，The President，pp.167—168.

[38]National Emergency Hearings，p.17.

[39]同上，第 18 页。

[40] 在 ExParte Merryman，17F.Cas.144（C.D.Md.1861）一案中，首席大法官泰雷（Taney）认为只有国会才有权中止令状，而 Ex Parte Milligan, 4Wall.2（1866）中的一项一致意见则支持 Duncanv.Kohanamoki，327 U.S.304（1946）案中对总统权力的肯定，持与 Taney 相反的意见。

[41] U.S.Constitution，Art.I，sec.8，clause18；亦见 “Developments in the Law: Federal Habeas Corpus,” Harv. L. Rev. (1970), 83:1038, 1263-1266.

[42] Emergency Detention Act of 1950, ch. 1024, Title 2, 100-116, 64 Stat. 987, 50 U. S. C. 811-826.

[43] Act of September 25, 1971, Pub. L. No. 92-128, 85 Stat. 347(1971).

[44]参见 National Emergency Hearings，p.118；亦见 Youngstown.

[45]参见 National Emergency Hearings，pp.11—12.

[46]U.S.Constitution，Art.I，sec.9，clause2；亦见 Nowak，Rotunda，and Young，Constitutional Law，pp.217－218.

[47] U.S.Constitution，Fifth and Fourteenth Amendments：又见 Nowak，Rotunda，and Young，Constitutional Law，pp.217—218.这一章并未谈到一州层次上的戒严法，只限于全国层次上的戒严法。要了解与州有关的问题，可以参见 Sterling v.Constantin，287U.S.378（1.932）；Moyer v. Peabody 212 U.S.78（1909）and U.S.Constitution Art.IV，sec.4.

[48]4Wall.2（1866）.

[49]同上，第 127 页。

[50]327U.S.304（1946）.

[51]同上。

[52]317U.S.1（1942）.

[53] Corwin，The President，p.291.

[54] 320U.S.81（1943）.

[55]同上，第 86 页。

[56]参见 National Emergency Hearings，p.78.

[57] 323 U.S. 214（1944）.

[58]R. Hirschfield, ed., The Power of the Presidency (New York: Atherton Press, 1968), p. 167.

[59]参见 Emergency Powers Statutes: Provisions of Federal Law Now in Effect Delegating to the Executive Extraordinary Authority in Time of National Emergency, report of the Special Committee on the Termination of the National Emergency, U. S. Senate, 93d Cong., 1st Sess. (Report No. 93-549, 1973.)

[60]参见注 33。

[61] Carlos Viamonte, Ley Marcial y Estado de Sitio en el Derecho Argentino (Buenos Aires: Editorial Perrot, 1957), pp. XXII et. Seq.

[62] 同上， P.Ⅷ。

[63]同上，Ⅹ。

[64]同上，Ⅹ-Ⅺ。

[65]“军管状态”是阿根廷、巴西、玻利维亚、哥伦比亚、多米尼加共和国、海地、巴拿马和巴拉圭等国使用的表达方式。“宪法保护的中止”一词为哥斯达黎加、萨尔瓦多、洪都拉斯、墨西哥、秘鲁和委内瑞拉等国所使用；“共和国总统的特别权力”用于厄瓜多尔；而“及时的防护措施”则见于乌拉圭。

[66]举例而言，这种情况可以见于阿根廷宪法，Art.53，67（26），86（19）；巴西宪法，Art 206，208；哥斯达黎加宪法，Art.121，140；多米尼加共和国宪法,Art.114；厄瓜多尔宪法,Art.94,97；萨尔瓦多宪法,Art.46（27），78（17），177；洪都拉斯宪法，Art.164，165，188；巴拿马宪法，Art.53；乌拉圭宪法，Art.31.

[67]例如，可以见于哥伦比亚宪法，Art.121；巴拉圭宪法，Art.52；秘鲁宪法， Art.70。

[68] Rafael Bielsa, Derecho Constitutional, ed. Roque Depalma (BuenosAires: Depalma, 3ded.1959) p.646.亦见 Viamonte，Ley Marcial，p. 18; Antonio de Sampaio Doria, Direito Constitucional, ed. Max Limonad (Sao Paulo: Limonad, 4th ed. 1958), p. 851.

[69]例如，可以见于玻利维亚宪法，Art.110；巴西宪法，Art.210；哥斯达黎加宪法，Art.121；萨尔瓦多宪法，Art.176；危地马拉宪法， Art.77；洪都拉斯宪法，Art.164，165。

[70]参见 Merryman and Clark，ComparativeLaw，pp.333—334.

[71]同上，pp.346—347，350.

[72]Inter - American Commission on Human Rights, Preliminary Study of the State of Siege and the State of Siege and the Protection of the Human Rights in the Americas, OEA/Ser. L/V/11. 8, Doc. 6, September 17，1963（原文为英文）， pp.30—37.

[73] Merryman and Clark，Comparative Law，pp.778－784.

[74] 例如，当智利在 1930 年代末受到军事干涉时，便可能出现过这种情况。

[75] 例如，1973 年智利军事政变和 1976 年阿根廷军事政变时便出现了这种情况。

[76] International Commission of Jurists, States of Emergency: Their Impact on Human Rights Geneva: International Commission of Jurists, 1983, p. 416.

[77] 同上，第 29—30，335—339 页。

[78] 这样的例子有玻利维亚宪法（1961），Art.110；巴西宪法（1949），Art.206；哥伦比亚宪法（1886）， Art.121；厄瓜多尔宪法（1964），Art.94；萨尔瓦多宪法（1950），Art.176；洪都拉斯宪法（1957），Art.163；巴拿马宪法（1946）， Art.52；委内瑞拉宪法 （1961）， Art.240。

[79] 这样的例子有：阿根廷宪法（1853），Art.23；智利宪法（1925），Art.72（17）；危地马拉宪法（1956），Art.77；海地宪法（1957），Art.185；墨西哥宪法（1917），Art.29；乌拉圭宪法（1951），Art.168（17）。

[80] 这样的例子有：多米尼加共和国宪法（1963），Art.114（7）；萨尔瓦多宪法（1950），Art.176；危地马拉宪法（1956），Art.77；洪都拉斯宪法（1957），Art.163；墨西哥宪法（1917），Art.29；秘鲁宪法（1933），Art.70.

[81] 允许在内乱情况下宣布紧急状态的宪法条款据说是所有拉丁美洲宪法条款中最常用的。参见 Inter - American Commission on Human Rights, The Protection of Human Rights in Connection with the Suspension of Constitutional Guarantees or“State of Siege,” OEA/Ser. L/V/11.15, Doc. 12, August 15, 1967 (original: Spanish), pp. 11-14.

[82]参见 Inter-American Commission on Human Rights, Preliminary Study of the State of Siege, pp. 16-18.

[83]同上，第 17 页。

[84]同上，第 38-39 页。

[85]同上，第 39 页。

[86]《美洲人权公约》于 1969 年 11 月 22 日签署，并于 1978 年 7 月 18 日生效。其文本见于 OAS Treaty Series No.36 at1.OAS Off.Rec. OEA/Ser.L/V/11.23Doc.Rev.2.下列国家已经批准了这一公约:阿根廷、巴贝多、玻利维亚、哥伦比亚、哥斯达黎加、厄瓜多尔、格林纳达、危地马拉、海地、洪都拉斯、牙买加、墨西哥、尼加拉瓜、巴拿马、秘鲁、多米尼加共和国、苏里南、乌拉圭和委内瑞拉。接受中美洲人权法院之强制性管辖的国家有阿根廷、哥伦比亚、哥斯达黎加、厄瓜多尔、危地马拉、洪都拉斯、秘鲁、苏里南、乌拉圭和委内瑞拉。

[87] Iter - American Commission on Human Rights, Report on the Situation of Human Rights in the Republic of Colombia, OEA/Ser. L/V/11. 53, Doc. 22, June 20, 1981（原文为西班牙文），p.221.

[88] Inter - American Commission on Human Rights, report on the Situation of Human Rights in the Republic of Bolivi, OEA/Ser. L/V/11.53,Doc.6，July1，1981（原文为西班牙文），p.22.中美洲人权法院

在行使其劝说性的管辖权时，已经给出这样一种解释：公约提供了为保护不可贬抑的权利所必需的基本司法救济手段。参见 Habeas Corpus in Emergency Situations (Arts. 27 (2), 25 (1) and 7 (6), American Convention on Human Rights), Advisory Opinion OC - 8/87 January 30, 1987, Inter-American Court of Human Rights, Series A: Judgments and Opinions, No. 8 (1987)。要从大体上了解中美洲人权法院的劝说性司法管辖权，请参见 "The Advisory Practice of the Inter - American Human Rights Court," 79 Am. J. Int' l. L. (1985)。关于美洲公约所列出的不可贬抑的权利以及搁置其它权利的必要条件，请参见：Grossman, "A Framework for the Examination of States of Emergency Under the American Convention on Human Rights," 1 Am. U. J. Int'l L. Pol. 37-44(1986).

[89] Inter-American Commission on Human Rights, Report on the Situation of Human Rights of a Segment of the Nicaraguan Pop 1ulation of Miskito Origin, OEA/Ser. L./V/11. 62, Doc. 10Rev. 3, Nov. 29,（原文为西班牙文），pp.121—122，126。

[90]这样的例子可以在玻利维亚、智利、哥斯达黎加、多米尼加共和国、厄瓜多尔、萨尔瓦多、危地马拉、洪都拉斯、巴拿马以及秘鲁等国的宪法中找到。

[91]巴西宪法（Art.209）、哥斯达黎加宪法（Art.121（7））和厄瓜多尔宪法便属此类。

[92]如：阿根廷宪法（Art.23）、玻利维亚宪法（Art.11 1）、厄瓜多尔宪法（Art.94[9]）和乌拉圭宪法（Art.168[1]）。

[93]Claudio Grossman, "Algunas Consideraciones Sobre el Regimen de Situaciones de Excepcion Bajo la Convencion Americana sobre Derechos Humanos," in Derechos Humanos en las Americas (Washington, D. C. : Inter - American Commission on Human Rights, 1984), pp. 128-130.

[94]可以参见 Inter-American Commission Human Rights, In forme sobre la Situacion de los Derechos Humanos en Argentina , OEA/Ser.L/V/11.49, Doc.19, April 11, 1980（原文为西班牙文），pp.239—259.

[95]参见 Inter-American Commission Human Rights，Preliminary Study of the State of Siege.

[96] Merryman and Clark, Comparative Law, p.784.

[97]同上，第 778—784 页。

[98]同上，第 787—798 页。

[99]同上，第 340 页。

[100]参见 Fernando Volio, "La Comision Inter - Americana de Derechos Humanos," pp. 77-90 and C. A. Dunshee de Abranches, "La Corte Interamericana de Derechos Humanos," pp. 91-147, both in La Convencion Americana sobre Derechos Humanos (Washington, D. C.: Organizacion de los Estados Americanos, 1980).参见 Andres Aguliar, "Procedimiento que debe aplicar la Comision Interamericana de Derechos Humanos en el examen de las Peticiones o Comunicacioes Individuales sobre presuntas Violaciones de Derechos Humaos," pp. 199-216 and Thomas Buergenthal,

“Judicial Interpretation of the American Human Rights Convention,” pp. 253) 260, both in Derechos Humanos en las Americas.

[101]参见 Inter - American Commission on Human Rights, Preliminary Study of th eState of Siege, pp. 10-13.

[102]Mario Bernaschina Gonzalez, Manual de Derecho Constitucional, 3d ed. (Satiago: Editorial Juridica de Chile, 1958), p. 233.

[103]这种情况在 1973 年乌拉圭政变中就曾发生过。参见：International Commission of Jurists, States of Emergency, pp.349—355。不过，对立法职能的冲击也不仅限于发生在军事政权中。例如，在哥伦比亚，就曾有过在紧急状态期间禁止议会召开会议的历史。参见：Statesof Emergency, p.34。

[104]参见：Inter-American Commission on Human Rights, The Protection of Human Rights, pp.22－25。

[105]例如，在阿根廷 1976 年军事政变和乌拉圭 1973 年军事政变中就曾明显出现过这种情况。参见：International Commission of Jurists, States of Emergency, pp.61—71, 362—365.

[106]参见：Inter - American Commission on Human Rights，The Protection of Human Rights，p.37。

[107]拉丁美洲军事政变常常伴随着软绵绵地宣布需要维持和保护民主、自由与人权。军政府通常都会否认发生过大规模粗暴践踏人权的事件。建立允许军政府持久存在下去之原则的尝试或是未获成功（如在阿根廷、乌拉圭、秘鲁、巴西和厄瓜多尔等国）、或是遇到很大困难（如在智利）。

第二部分
在特定国家的影响

八美国宪政主义和德国宪法发展

赫尔穆特·施泰因贝格

美国的影响，1774—1848

德国对政治感兴趣的人们以极大的兴趣，甚至是心驰神荡地得知了美国革命的消息。[1]

直到十八世纪七十年代，德国社会对美国事实上一无所知，不过英国和其美洲殖民地开战以后，情况就大为改观了。[2]几年之内，美国一下子成为德国政治报刊的头等报道对象。[3]美国的自由平等思想和启蒙时代[4]的哲学观念、道德律令完全一致，而后者又是受此熏陶的德国中产阶级上层人士在反对贵族争取公民法律平等和经济机会自由的斗争中所坚信不疑的。这样一来，美国就理所当然地取代英国被当作自由的母国。[5]

但是，美国观念对德国宪法结构的潜在冲击尚未转变为实实在在的宪法法律，宪法化的基本政治权利、人民主权、作为宪制自由根本原则的政府分权等观念还未进入德国政治思想。法国大革命以前，美国 1787 年宪法以及各州的宪法、人权法案在德国并未受到足够重视。直到 1789 年后，德国人对美国宪政的兴趣才突然被激发了，美洲和法国的革命事件被认为体现了一个相似的、放之 200 四海而皆准的原则——哲学之胜利。事实证明启蒙在实践中是可行的。[6]

美国自 1774 年以来发生的一系列事件，加上法国大革命，给德国政治思想以非常深刻的影响。但是，具体的宪法影响却一连几十年没有发生。雅各宾恐怖专政，波拿巴入侵，维也纳会议对君主制合法性的顽固坚持，这一切都阻止了这些思想的实现。

但是精神的土壤时刻准备着。对很多德国人来说，波拿巴的统治恰恰证明了德国政治制度的软弱无力。诸侯的各自为政和专制主义以及数百年来对外国势力的依赖被认为要对这一切负责。一股从未有过的国家统一民族认同的强烈情绪油然而生。

1813 至 1820 年德意志邦联形成时期，美国政治制度政治思想仍不时有人提起。[7]1824 年，罗伯特·冯·莫尔（后来成为德国十九世纪的宪法学权威）发表了第一篇系统研究美国宪法的论著。他认为，普遍流行的强烈观念在美国得到了最纯正的表达——不管其结果是好是坏。他指出：在这一点上，有关北美政治和宪法生活的信息既不充分，又很不准确。[8]其后几十年间，宪法方面的材料才逐渐多起来，也更加可信。十九世纪三十年代，有人将《联邦党人文集》译为德文，斯托利和肯特等人的评注也常被论及，有些还译了过来，阿列克西·德·托克维尔所著《论美国的民主》于 1835 年出版，马上就有人动手翻译，翌年竟有两个译本面世，人们争相阅读，一时洛阳纸贵。结果是心理矛盾，又爱又怕。一方面，此书助长了人们对美国民主、自由、自治、法治、生机勃勃的宪法制度（比如司法机关的有力地位）不断增加的崇敬。另一方面，它又使人们对“激动的多数”可能做出的过火行为更加忧心忡忡。托克维尔的结论是，平等的确是一个普遍准则，在推翻王权统治后，不会放过银行家和商人——平等是一种威力巨大的政治炸药。人们对罗伯斯庇尔和雅各宾派的恐怖专政——“平等的阴谋”——仍然记忆犹新。

但对美国政治和宪法生活的兴趣仍在与日俱增。[9]情况常常是这样，政

治和社会现实启发了理论思考。那时在德国提出了很多关于联邦制的理论，但不是为理论而理论，而是对现实的政治形势及其向国家统一转变的可能性不能释怀。把美国和瑞士宪法作为范例是自然而然的。[10]那时候，美国宪政对德国最为重要的影响莫过于对德意志联邦理论的影响，其重要性也一直未见减弱。

对美国宪法的机械照搬却遭到几乎是众口一词的反对。比如 201 共和政体在政治上就显然不能接受。但是德国自由主义的宪法学家却普遍认为，美国的联邦制是把国家统一理念与根深蒂固的各成员邦自治原则结合起来的普遍理想模式，同时这也给民主代表原则同君主立宪的结合留出了余地。他们的理论思考和比较研究很快就得到政治实践的检验。

1848 年是欧洲大陆的革命年，法国君主制被推翻，梅特涅不得不流亡英国，国王们纷纷退位；在强大的公众舆论和压力的支持下，德国革命势力促成国民议会在法兰克福的圣保罗教堂开会，起草德国宪法。[11]这次会议在德国宪法发展史上播下了美国的宪法观念和宪政原则的种子，但是直到一个世纪后，这些种子才破土发芽。

1848—1849 年宪法

1848 年至 1849 年国民议会期间，人们经常提到外国宪法，它们的基本观念和原则，以及具体条文，还常常互相比较。瑞士（1848）、英、法、比利时、挪威、荷兰、波兰等国的宪法——从 1787 年以来，西方世界已有大约 70 部新宪法问世——都是国民议会及专门委员会辩论的材料。不过，美国宪法的原则和条文是所有这些外国宪法中提到最多的，实际影响也最大。但是，提及美国的例子并不就意味着原样接受它的解决办法，或者说在每一个方面它的解决办法都是理想的，只不过发言的人将其作为支持自己论点的论据罢了。美国的解决办法几乎总是被当作一个重要的比较基础看待。在国民议会看来，美国宪法生机勃勃，已证明是一个构思精巧的框架，从中引出国家统一、个人自由、经济成功以及从外国统治下取得民族独立，而这些成果被认为正是德国两百余年来一直缺乏的。[12]在制宪会议期间，各种政治小册子充斥街头，许多小册子对美国宪法赞不绝口，并热情建议采纳美国模式。[13]德国民众对美国宪法大多都很推崇，并且认为只要经过适当改动，对制定德国宪法就是一个非常有用的蓝本。[14]

国民议会内外的预备性辩论及报告中，到处都提到美国模式。[15]但是主要的起草工作托付给宪法委员会完成。[16]

1849 年宪法草案中的每一个主要因素——至少在一定程度 202 上——都受到了美国宪政原则的影响。但是圣保罗教堂工作并不是费城制宪会议的翻版，美国模式并未被原样接受，其影响是经过选择的。

宪法委员会和国民议会对美国宪法的参考和比较涉及许多有待宪法草案处理的问题——诸如政教分离、宗教自由[17]、共和政体[18]、选举制度[19]、公民资格[20]、议员的豁免和赦免[21]、总统制[22]、宪法修正[23]、从业自由[24]、联邦内的迁徙自由[25]、新闻出版自由、陪审制[26]、以及紧急状态[27]，等等。

当然，1848 至 1849 年间美国宪法思想影响最大的还是草案中勾勒的联邦结构。和 1787 年费城的情况一样，联邦制是 1848 至 1849 年间法兰克福的

首要问题。1849 年宪法关于联邦结构的中心环节都受到了费城制宪会议所阐述的原则的影响。[28]

不过，下面我将集中讨论美国宪法对于另外两个问题的影响，这两个问题对国民议会的工作非常重要，并且从此以后一直影响着德国宪法的发展。尽管直到二十世纪，它们才成熟到实际宪法法律的地位，但美国《人权法案》和司法审查仍不失为德国宪法发展的起点。

基本权利

在中世纪法以及启蒙运动时代自然法的发展过程中，就已有人提出与生俱来的基本权利这种思想。然而在十九世纪的德国，这一理论仍然只是一种哲学上的抽象，没能激发起将其阐释成宪法原则的政治运动。政治权利和个人自由，公民参与政府管理的权利受宪法保护这样的观点也没有能转化为政治性契机。人民主权的概念，本来极具爆炸性，亦未被引燃。

虽然，美国《人权法案》和法国人权宣言背后所隐含的思想——一部真正的宪法应包括一个受保证的权利目录——给德国民众留下了深刻的印象，但是，作为统治者的诸侯们只作出了有限的、勉强的让步。权利并没有被看作是“ 不可剥夺的 ”，或者是导源于自然法的。它只是政治妥协的结果，既不是要有一部具有“ 更高的法 ”性质的宪法这种哲学迫切性的反映，也不是对人民主权观念的表达。权利既然是君主“ 赐与 ”的，他们当然也可以收回。权利只是作为“ 臣民 ”的权利，而非人民的权利。［29］这样，现有的法律就没能提供对基本权利的保障，而这正是理论家和一般民众所认为不可或缺的。

到圣保罗教堂制宪会议开会时，制定一个有宪法保证的基本 203 权利目录的想法得到了公众舆论的广泛支持。这是除国家统一外 1848 年被称为三月革命的最重要的诉求。这一诉求无疑受到了美法两国榜样的影响。[30]

权利法案对于国民议会的重要性，体现在国民议会对它的第一位优先对待上。经过六个月的忙碌，1848 年 12 月 20 日，国民议会完成了宪法这一部分的起草工作，并决定作为单行联邦法律立即颁布，《1848 年 12 月 27 日德意志人民基本权利法》[31]宣布，这些权利适用于德意志帝国的全部领土，对联邦及各邦政府都有约束力。[32]同时通过的还有一个单行的引导性法律，[33]其中列举了权利法案中立即生效的条文，还有一些条文在生效前要做进一步的落实工作。[34]

这部权利法案的内容和美国及其它欧洲国家的流行观念是一致的。宪法草案中所采用的联邦结构，美国宪法观念和原则的影响显然首屈一指，与这一点相比，没有哪一国宪法对 1848 年权利法案有最大的影响。如果有的话，比利时和波兰宪法的影响可能要稍微有力些。

权利法案的一个主要目标是保护人民的自由和权利不受政府权力的侵犯。人身自由、思想和观点自由、良心自由和宗教自由、家庭隐私权和通信秘密以及对财产的保护被认为是与生俱来的私人自治领域的权利，公共权力原则上不得进入。权利法案也规定了法律的平等保护原则。[35]但是权利法案的观念远远超出了这些，[36]它在德国构思了一个前所未有的崭新的政治社会模式。除了规定具体的公民权利（选举权、公平取得公职权、请愿权、公民资格等）外，诸如言论新闻自由、集会结社自由这些权利已远远超出了

私人生活的领域，而为民主政治程序提供了必备的要素。

有人认为，权利法案在整体上，是把法治的实质要素规定于它特有的德国形式中，[37]也就是法治国（Rechtsstaat）、立宪国的思想。[38]宪法草案第 196 条规定，修改宪法要有立法机关两院议员三分之二多数同意。这表现出有意让宪法高于普通法律，基本权利条款直接约束联邦及各邦政府。由于规定了可以在帝国最高法院提出宪法性申诉并获得司法救济（第 126 条（g）；见下文），1848 年权利法案在保护基本权利和自由方面本可以成为一个非常强有力的文件。[39]

与关于联邦结构及联邦最高法院的辩论相比，在权利法案的辩论中只是偶尔提到美国模式。其中最为重要的，发生在讨论与新闻有关的刑事案件陪审问题[40]及人身保护问题[41]的时候。在宗教自由问题上讨论到政教之间的宪法关系时，倒是常提到美 204 国的情况，[42]不过目的不是支持或反对采用美国的特定作法，而是为了赞成或质疑某位发言者的方案。

联邦的司法权

1848 年以前，尽管罗伯特·冯·莫尔曾在 1824 年强调美国法院有权审查立法的合宪性并对此激赏有加，[43]美国宪法的司法审查制看来并未对德国的宪法辩论产生多少影响。Marbury v.Madison 一案发生时，德国方面似乎无人注意。[44]

法兰克福的国民议会却另有打算。它设计了一种包罗甚广的由联邦最高法院行使宪法管辖权的制度。[45]联邦最高法院在功能上不是各邦最高法院民刑案件的上诉法院，它有着原始的、排它的、专门的管辖权，主要针对宪法问题。

如何解决宪法上的冲突，是各立宪国家，尤其是联邦制的立宪国家所面临的中心问题之一。宪法草案的起草者当然知道，在旧德意志帝国，传统上是由两个帝国法院行使宪法管辖权的，所以说，把宪法冲突交由一个联邦最高法院解决的想法无疑是受到了美国最高法院模式的深刻影响。

国民议会清楚地确认了宪法管辖权所能承担的整和性职能。并且（那时 DredScott 一案还没发生呢）认为美国最高法院所行使的正是这一职能。[46]或许在其它方面，美国宪法思想都没有给圣保罗教堂的工作产生如此强烈而直接的影响。当然，这些也只有在百年后才成为德国活生生的宪法。

1849 年宪法规定了一个对公共权力施行的合宪性进行广泛地司法审查的制度，无论是联邦还是邦，也不管是立法、行政还是司法，统统都要接受审查。联邦最高法院特别对下列案件拥有管辖权：公民控告废除各成员邦宪法或对其进行不合宪的修改的案件（第 126 条 f）；控告联邦宪法所保证的个人权利被侵犯的案件（第 126 条 g）；控告司法上的悬而不决、不予受理的案件（在当地的救济手段用尽之后）（第 126 条 h）。第 126 条 g 本来可以成为宪法权利法案司法保护的一个强有力手段，可以与现行 205 联邦德国的违宪控告程序媲美。但是有两个要求必须达到。其一是，为了方便操作，第 126 条 g 要求联邦立法机关对违宪控告的范围和程序规定实施细则。考虑到把 126 条 g 写进宪法曾遭到相当程度的反对，[47]谁也拿不准这个实施细则能不能通过，就是能通过，也搞不清它能给违宪控告规定多宽的救济范围。第二个条件是，那些基本权利如上所述都不是能自动生效的，还需要进一步

的立法做出实施规定后才能实际生效。

要是当初这两个条件都满足了的话，1848 年权利法案加上独立的法院对公共行为合宪性的司法审查权，本来会对基本权利保护产生非常有效的作用。用司法机构武装权利实施的思想正体现了美国宪政主义 1848 至 1849 年间在该领域发挥的决定性影响。[48]

然而，圣保罗教堂的工作却没有在德国完成一次“光荣革命”。它失败了。[49] 复辟势力卷土重来，在奥地利和普鲁士，重新控制了权力。

1849 年宪法草案没能提出在一个全国性政治实体内消弥奥地利和普鲁士之间的对立情绪的政治方案。美国联邦模式对这一草案的影响，加上它那把有着国际地位的成员邦合并为一个全国政府的强烈倾向，是造成这一失败后果的主要原因。

1848 年革命运动的政治势头也消散了。1849 年至 1854 年间，将近 110 万德国人移居美国，他们中不少是 1848—1851 年政治运动的参与者。[50] 政治自由又一次遭到反动法律的限制和剥夺，比如关于新闻出版和政治团体的法律。各邦权利法案在建立民主的政治自由方面没有什么建树。倒是成长之中的工业时代的经济社会发展促进了德国社会的政治变革，促使其摆脱旧的结构的束缚。

1848—1918 年间

1849 年宪法是一部高水平的宪法，不过它的失败并不表示美国宪政思想对德国宪法发展的影响终结。要说对现代德国民主宪政历程的影响，没有哪一个宪法文件能和它相提并论。它第一次提供了国家统一的全面的宪法概念。俾斯麦的 1867 及 1871 年宪法中的主要联邦因素，1919 年魏玛宪法，1949 年波恩基本法，都可追根溯源到 1849 年宪法。1849 年宪法的原则和观念，诸如基本权利、民主代表、法治、宪法至上、司法审查也一直渗透到二十世纪 206 德国的民主宪政中。斗转星移，美国宪法观念和原则的原初冲击越来越多地被德国宪法的发展及其学说所吸收、消化。至于基本权利和立法行为的司法审查，则一直到二十世纪才在这块土地成熟起来。

基本权利

1848 年宪法失败后，有关基本权利的法律和宪法状况，一下子又退回到 1848 年前。邦联制在宪法上恢复了，1851 年，《1848 年德意志人民基本权利法》被联邦议会废除。[51]

尽管普鲁士 1848 年及 1850 年（修订）宪法中，有一个“普鲁士人的权利”目录，[52] 其它各邦国的宪法也不时有选择地作一些有利于基本权利的修正，但其法律性质及范围并没什么根本改变。在通行的理论和实践中，这些东西主要被视为立法者的纲领性指导方针。因为宪法本身并没有被赋予最高法的资格，基本权利自然也不会受到这样的保护，难免被制定法所减损。

1867 年北德意志邦联宪法和 1871 年德意志帝国宪法都没有关于权利法案的内容。北德意志立宪会议上，进步党提议增添一个类似于 1848 年权利法案的法案，天主教代表要求宪法保护宗教自由及教会的自由和权利，但都被俾斯麦否决了。

俾斯麦担心的是联邦权利法案会加强中央集权趋势，这有可能对宪法中本来就摇摇欲坠的联邦均衡结构造成威胁。尽管俾斯麦希望政治现实温和地向中央集权方向发展，但他比任何人都清楚，从历史经验来看需要这种精细的均衡把德国人团结在一个单一政治实体内，并保持之。

根据 1871 年宪法举行的第一次联邦议会在这一年的 3 月开幕了,议题是讨论宪法修订的草案稿。天主教代表又一次徒劳地请求在宪法中加进一个权利法案，至少应包括表达自由、集会结社自由、宗教自由以及宗教团体自治、不得侵犯它们的财产等内容。该提议引起了激烈的并且是原则性的争吵，预示了俾斯麦执政期一次严重的危机，即天主教会和国家之间所谓的“文化战”。在这场争论中，美国的政教关系被频频提起。[53]

但是，要说在俾斯麦宪法下法治在原则上不受重视也不对。许多基本权利的实质内容在联邦制定法中得到保护，德国法院的素质和独立性也比其它国家的法院要强，基本权利也受到法院的维护。俾斯麦的第二帝国，既不是极权主义，也不是威权主义或警察国家。[54]它在社会保障立法方面的成就，其它现代工业国家多少年里难望其项背。它为广大雇佣工人的“幸福追求”做了很多工作，而不只满足于给基本权利以一纸轻飘飘的保证。

明白了十九世纪德国各邦宪法对权利法案不冷不热的态度，我们对当时宪法学者未能提出关于基本权利及其在民主宪法体系中的意义的严肃理论也就不会感到惊奇了。[55]第一个做出这种努力的是乔治·耶里内克，其专著研究的是法国的《人和公民权利宣言》。[56]尽管直到那时，在欧洲大陆，法国人权宣言仍被公认为人权和公民权利的历史源头。耶里内克却指出，法国人权宣言所本，其实并不是卢梭的《社会契约论》，而是美国的《人权法案》。他认为，美国《人权法案》第一次把基本权利变为实实在在的宪法条文。他还提到美国法院的司法审查对基本权利的实际保护。耶里内克的这本小书，实质上是德国关于基本权利一般理论的第一次认真的尝试，而这一尝试，受到了美国宪法思想的启发。

司法审查

随着 1849 年在联邦一级建立宪法管辖权的失败,邦宪法一级司法审查的发展也遭到严重挫折。

1849 年以后，有若干邦法院以君主敕令未得到宪法上所要求的各等级的同意为由宣布其违宪，但政府对此却根本不屑一顾，作出判决的法官还受到严厉制裁。[57]而且，这还仅仅是对制定法律的方式，而不是法律的内容的审查，换句话说，这种审查只是“形式”上的，与“实质性的”司法审查还不是一回事。普鲁士 1850 年宪法第 106 条，还有其它一些邦[58]明文宣布，所有适当公布的法律及王室敕令都有法定约束力，也就是说，司法审查被完全排除了。[59]君主政治的原则又一次占了上风。

1849 年宪法失败后，此前几十年来关于司法审查问题的学术争论继续进行并更加热火朝天了。[60]又是罗伯特·冯·莫尔，他再 208 一次把注意力转向美国宪政。1855 年，他出版了关于政治科学的历史与文献三卷本，[61]在这部著作中，他敦促德国学术界注意美国公法。越来越多的欧洲政治家将不得不掂量掂量华盛顿政府及美国公共舆论。因此，他认为，德国的博学鸿儒，只是道听途说才知道一点约翰·马歇尔及《联邦党人文集》（“一部明

晰透彻的杰作”，[62]足以跻身最伟大的学术成就行列）诸位作者这些“灿烂群星”，未免令人遗憾。冯·莫尔在分析了美国宪法的历史起源、内容及发展过程后，着重讨论美国最高法院及其对立法行为的司法审查权。他认为约翰·马歇尔在 Marburyv.Madison 一案中对宪法所作的大胆阐释使宪法实践步入正规。[63]美国最高法院是宪法的最终解释者，其宪法管辖权主要通过对立法实施司法审查进行，这被认为是构成其地位的主要因素，从而也使最高法院在实质意义上成为宪法法院。[64]

1859 年和 1860 年，罗伯特·冯·莫尔又一次热烈请求参照美国法院的实践实行司法审查。[65]按当时的情形，这一请求又是化为泡影。

争论在德国律师协会 1862、1863 年举行的第三次和第四次会议上达到高潮。[66]尽管有一小部分自由主义宪法学者反对，通行学术观点及司法实践仍然否认法院有权对制定法的合宪性进行（实质性的）审查。[67]

在俾斯麦宪法时期，法院有权决定判决所涉及的规范性文件的签署、颁行和发布是不是恰当。这种形式的司法审查权也扩展到联邦和邦的法律上。1879 年建立的帝国最高法院也对联邦法规进行实质性司法审查——审查这些法规是否需要一个制定法基础，如果要的话，它们有没有超出这个基础的界限。各邦制定法和法规也要接受司法审查，看其实质内容和联邦法律是不是相容。[68]这种权力来源于宪法，宪法第二条规定，联邦法律高于各邦法律，这样一来，各邦宪法也要接受审查。而对于联邦制定法，帝国最高法院要审查它们是不是联邦参议会或联邦议会制定的，发布得合适不合适。[69]由于 1883 年 2 月 17 日的一个判决（后来成为重要判例），对法律与宪法保证（如既得权利）一致性的审查衰落了。[70]宪法保证只对立法机关有拘束力，并未授权进行实质性司法审查。帝国最高法院甚至不同意这样的观点，即如果某个法律容许有多种解释，法院则限于从中选择与宪法一致的那种解释。最高法院的做法与当时宪法学者中流行的理论观点一致，[71]这种理论认为，宪法并不高于立法机关，而是受其摆布。[72]那时德国关于基本权利和司法审查的通行观点和作法看来与欧洲其它国家，如法国、比利时、意大利，并无多大差别。

德国学术界的宪法理论，尽管主要研究 1871 年新宪法诸问题，但对美国宪法的注意却还是有增无减，[73]美国宪法的某些原则，比如联邦制中的隐含权力理论，就对德国的宪法发展产生了影响。[74]但是，谈到基本权利和司法审查问题，美国宪法的观念和原则，对德国就没有什么直接的影响了。

魏玛宪法，1919—1933

1919 年魏玛共和国宪法是在一战德国战败的阴影中起草的。在魏玛制宪会议上，自由派代表弗里德里希·诺曼点明了形势，他说：“自古以来，胜利者都会对战败者的政治形式产生某种影响，咱们打开天窗说亮话：我们面对的是一个政体样式导源于美国的世界。”[75]

这样的泛泛而谈，尽管暗示着未来德国的政体形式必然是民主共和国，但是，美国宪法的观念和原则（以及其它国家的宪法思想）对魏玛宪法的真正的和直接的影响，却很难用文件证明。间接的影响，通过 1848—1949 年宪法原型，以及日益增多的交流、信息和交换意见，倒又卷土重来。魏玛宪法沿用了俾斯麦宪法的基本联邦构架，但不是没有做相当大的改动。因为决

定建立共和制政府，总统的地位和权力就成为一个关键问题。[76]至于其它问题，制宪会议提到美国宪法的机会——有时是出于赞同某事，有时是不赞同，要进行比较——屈指可数。

根据魏玛宪法第 13 条第 1 款，各邦法律与联邦法律冲突的无效。为了支持和确保联邦的这种最高权威，第 2 款又规定，对邦法和联邦法律是否一致的确凿的怀疑和争议，可以由联邦或邦主管当局申请提交联邦最高法院做出司法裁决。各种细节则留待联邦法律调整。

联邦宪法法院是按照宪法第 108 条的规定建立的。[77]主要管辖联邦和邦之间，各邦之间或内部的宪法争议，以及对总统、首相、各部部长提出的弹劾案，但不包括联邦最高机关之间的宪 210 法争议和案件，特别是不包括私人声称其基本权利被剥夺的申告。[78]

除了源于 1806 年前数百年的传统以及十九世纪各邦宪法法院的一些制度上和功能上的根源以外,[79]这种类型的宪法管辖看样子是以 1849 年宪法为蓝本的。[80]前面已经说过，1849 年把宪法争议委托司法解决这一重大决策曾受到美国模式的强烈影响。所以，尽管从记录上看不出美国宪法观念在这等情形下对 1919 年宪法有什么明显的和直接的影响，但通过 1849 年宪法原则传来的间接影响还是清晰可辨的。

尽管其管辖范围相当宽（当然也有限制，见上文），尽管也判了几个非同小可的大案，但在短命的魏玛共和国，联邦宪法法院不可能取得美国最高法院或德国现在的联邦宪法法院在它们各自的政治制度和宪法制度下那样显赫的政治地位。

魏玛宪法中有一个全面的权利和“ 德国人的基本义务 ”法案，不但包括传统的自由主义的权利、自由，还包括文化、社会、经济权利及制度保障，以及纲领性指导方针。其目的是在法治原则下，建立民主、有秩序的自由以及社会正义诸原则。自由主义的基本权利，1848 年权利法案是其主要历史源头。而社会经济权利则是魏玛国民议会及其中所代表的政治势力，还有俾斯麦以来社会经济发展（像社会保障立法）的原创物。这些写入魏玛宪法之时，除了西方世界所共有的观念和原则以外，记载中看不出美国有什么特别影响。

对宪法中包含的基本权利只对立法机关适用，还是对法院也有约束力这个问题，宪法文本中未置一词。这个问题与另一个问题密切相关。那就是法院是否应被授权对立法行为的实质合宪性进行审查——在请求由私人提起的情况下。倘若法院被授予此种权力，则个人的基本权利就将成为这种审查的中心的实质标准。

从国民议会的记录看，只有两个代表发言赞同这种司法审查权。[81]宪法文本对此仍保持沉默。不过，德国宪法的理论家、学问家却没有缄默。上述两个问题都引起了热烈的争鸣。传统学说仍反对司法对立法行为进行审查，和俾斯麦宪法时期一样。不过它的意思远不是否认立法机关要遵守宪法，而是说司法审查会对一个民主社会的立法机关的权力造成过分的干扰[82]——这种态度和杰斐逊[83]及美国的“ 多数原则民主派 ”[84]并非没有相似之处。不过传统理论这回遇到了一群渐成阵势的博学者的反对，他们代表着一批法学流派，[85]知名学者[86]如海因里希 · 特里拜尔、[87]埃里希 · 考夫曼、[88]格哈特 · 莱布霍尔茨[89]等等，都对美国宪法有广博的了解。[90]参与争鸣的其他学者也都完全清楚与此有关的美国宪法制度。

这场关于德国宪政的“大辩论”大概是魏玛时期美国宪政对于德国宪法发展影响最著之处。[91]从俾斯麦宪法时期开始，通行的宪法理论和实践都认为，要修改宪法，只有通过立法程序。魏玛宪法第 76 条规定的条件是联邦议会须有三分之二的法定人数出席，且赞成票要达到出席并投票者的三分之二以上，倘若这项条件符合，对宪法修正再无其它实质性的限制。甚至没有必要明确修改宪法的行文。[92]要是一项法案符合第 76 条的程序要件，实质上也就具备了宪法修正案的性质，就可以无所顾忌地侵犯甚至废除基本权利了。流行的法律哲学认为基本权利并不是真正不可剥夺的自然权利，只不过是很容易就能被宪法修正改变的权利而已。

对立法行为的实质性审查是在魏玛共和国通行的政治和社会条件下开始的。俾斯麦宪法时期或更早时候，社会上的主导的势力认为，一个安全地代表着他们、由他们分别掌握多数的立法机关保障着他们的权利和利益。后来，社会主义政党羽翼渐丰，差不多控制了议会里的多数席位，它们和其它党派尤其是天主教政党的联合使他们有能力上台组阁。所以用不着奇怪，司法审查权一出现，就被人疑为削弱多数原则的反民主手段。但是在特里拜尔看来，排除司法审查却意味打开了专制主义的大门，不管是君主的专制还是议会的专制，都将得其门而入。鼓吹司法审查的人在这场学术争论中都举美国的例子支持自己的论点。

1925 年后，联邦最高法院开始实行司法审查，但在魏玛共和国的政治生活中，司法审查并未成为主要因素，还没等它大展宏图，共和国已于 1933 年 1 月走到了末路。但是，种子已经播下，并且又一次受到美国宪政的相当影响。

在希特勒统治时期，不能指望发现美国宪法观念和原则对德国有任何影响，至少在政府这一边未发现这种影响。不过出人意料的是，年轻的宪法教授赫尔曼·冯·曼戈尔特出版了两本关于美国宪法的学术专著。一本出版于 1934 年，讨论成文宪法和法律的安全性可靠性之间的相互作用。[93]第二本于 1938 年出版，内容是美国的法治原则及政体形式。[94]在第一本著作里，作者强调了独立的司法机构的根本重要性；第二本书则老练地分析了美国法院和美国学者所阐释、运用的正当程序条款和平等保护条款的内容和发展。在这本书的导论中，他要读者“睁眼瞧瞧”其它民族的“灵魂”；在序言里又解释说，他不打算将其与“德国法律及其最终结局作比较。”在那个时候，每个耳明眼亮的人都晓得他是什么意思。

1948 年，赫尔曼·冯·曼戈尔特成为议会立法班子的一员，这个机构起草了联邦德国的基本法。五十年代，曼戈尔特写了一部广博浩繁的德国基本法的释评著作。[95]

联邦德国的宪法

自 1848 年以降，德国历史上还没有哪个时期像二战以后那样，政治法律思想如此密集地为美国思潮所占据。美国宪政主义尤其如此。美国影响主要地并不是通过吸收或移植特定的组织形态、制度或复杂的法律条文来实现的。毋宁说，对美国宪法观念和原则以及美国的政治程序及经验的反思、比较、评价持续不断。结果人们发现，对于宪法问题，有许多功能相同的解决方法和/或途径，而不仅是观念的移植或机械引进。功能上相同并不一定意味

着两者之间有因果关系。

在转向美国对 1949 年基本法起草工作可能的影响之前,我们不妨把西方盟国占领区内军事长官们的个人干预先撇在一边。本文不把这种干涉视为影响。另一方面，军事长官指令说，基本法应该规定联邦结构，并包含一个权利法案。不过尽管有此类干涉，基本法还是作为建立西部德国宪法秩序的合法文件被迅速接受了。[96]

议会立法班子对美国宪法观念和宪法原则的参考涵盖了各种各样的主题。[97]对军事长官们明文规定的问题的考虑，比起 1848—1849 年国民议会来，更少基于理论和原则，联邦制和权利法案问题尤其是这样。

1949 年基本法的权利法案与欧洲大陆国家传统的权利目录 213 一致，只是在关于社会化（第 15 条），因滥用而导致基本权利之可能剥夺（第 18 条），以及宣布某政党违宪之可能性（第 21 条第 2 段）诸规定上有所偏离。在议会立法班子起草权利法案的过程中，几乎没有人明确提及美国宪法的相关观念或原则，偶尔才谈及某些基本权利自由的范围的细节。

在黑伦希姆泽举行的预备性会议上，代表卡洛 · 施密德（后来主持议会立法班子的总委员会，该委员会是基本法的主要起草者）倡议，在基本法中加入一个体现“ 盎格鲁 · 萨克逊法律思想 ”的权利法案，这种思想就是“ 宪法，即便是临时的，若不包括基本权利，就根本不成其为宪法。 ”[98]但是，上文业已指出，俾斯麦宪法和魏玛宪法背后通行的法学理论都没有把基本权利视为自然法的体现，因此也就不是不可剥夺的。

尽管宪法不能“ 裁定 ”基本权利的法哲学性质，但还是揭示了制定者的法哲学观念。1949 年基本法似乎表明，起草者的观点是人权的“ 实质 ”在于这种权利高于一切实在的法律秩序。虽然从记载中也看不出其所本的法律哲学是什么——是柏拉图、亚里士多德、托马斯 · 阿奎那、笛卡尔、莱布尼茨、库萨努斯传统的古典形而上学理性主义，还是从启蒙时代的由格老秀斯、普芬道夫、克里斯丁 · 沃尔夫、约翰 · 洛克、托马斯 · 潘恩、托马斯 · 杰斐逊等人一脉相承的“ 社会契约论 ”思想而来的个体自然法观念——但结果与美国革命、美国宪法的领袖们的观点类似：不可转让的权利，其实质不得以公权侵犯。

这种法哲学基础在基本法的下列规定中非常明显：

第 1 条：

(1)人的尊严不可侵犯。尊重和保护它是国家的义务。

(2)因此之故，德国人民认为，不可侵犯，不可转让的权利，是每个共同体以及世界和平与正义的基础。

(3)下列基本权利作为有直接强制力之法律，对立法、行政、司法机关都有约束力。[99]

第 19 条：

(2)任何情况下，不得侵犯基本权利的实质内容。

第 79 条：

(3)基本法之修正案影响到……第一条所制定的各项基本原则的……不可采纳。

通过这些规定，1949 年基本法的制定者力图以能被实在法实现的最大可能的规范形式把人权的不可转让性固定了下来。

1949 年基本法继承了 1849 和 1919 年宪法的传统——宪法冲突提交司法

解决。它为联邦宪法法院规定了相当广泛的司法管辖权。这样一来，它选择将（具体的）宪法争议的处理从政治程序中转移出来，交由司法机关定夺。这么做是希望各政治力量能把司法判决当作决定性的并接受下来。很显然，特别是美国已有例在先，联邦宪法法院由此有可能成为政治过程中的决定性整合力量之一。联邦宪法法院是依法治原则办事思想最为引人注目的制度上的体现，并被看作是宪法守护神。[100]放眼去看 1945 年以来西欧大陆各国的宪法发展，制度方面最值得注意的特色就是一系列专门宪法法院的建立。这是西欧大陆各国议会制下唯一真正新颖的东西。尽管它们与美国的法院组织大不一样，但这种别致的形式还是把立法行为司法审查的美式思想的要旨整合到其固有制度中去了。的确，当代德国宪法管辖权的多数制度和程序特征，其根基和源头仍要到十九世纪的德国宪法传统、各邦宪法以及（曾经受到美国模式不少影响的——见上文）流产的 1849 年宪法中去寻找。另外，帝国法院直到 1806 年对（地方各邦的）关系到私人法律上的既得利益的立法行为仍然实施实质性司法审查权，虽然十分有限。[101]但毫无疑问，对 1949 年基本法所规定的立法行为司法审查之范围影响最著者仍是美国范例。对个人基本权利的保护，就更是这样了。[102]1933—1945 年极权统治时期这些权利遭到严重侵犯；从中得到的深刻教训是采取这种态度的压倒性的政治动机。

但是，德国法院实施司法审查的方式，却与美国的做法迥异。联邦宪法法院作为一个有专门管辖权的法院承担这一工作。因此，从基本法起草工作一开始就决定，对于控告公共权力机构侵犯其基本权利的个人，应有一种特别的求助于联邦宪法法院的（宪法申诉）办法。[103]当然，也不禁止其它法院行使司法审查权，但它们不得宣布一项制定法违宪。

基本法第 100 条第 1 款规定了下列程序结构：如果法院在案件审理中确信某法违宪，而该法有效与否又事关该案如何判决（在判决理由的意义上），则诉讼应延期。该法违宪问题应交与宪法法院确定（如果认为违反基本法则提交联邦宪法法院，如果认为违反州宪法则提交州宪法法院）。宪法法院应只就宪法问题做出决定，提交案件的法院据此继续审理原案。州法侵犯基本法或与联邦法律不一致的案件都适用该程序。这种附带规范控制（CollateralNorm Control）[104]程序预先设定所有联邦德国法院都有权——也有义务——审查法律是否合宪。但是宣布违宪法律无效的权力则仅赋予各宪法法院。[105]

1949 年版的基本法对个人声称其基本权利被公共权力机构侵犯的案件，尚没有规定直接诉求联邦宪法法院的门径。1951 年《联邦宪法法院法》的制定打开了这扇大门。1969 年通过宪法修正案，该程序写进了基本法。[106]宪法控诉可以针对任何立法、行政、司法行为提出——当然作为一个规则，只是在其它可能的司法救济手段用尽之后才能这么做（参见《联邦宪法法院法》第 90 条及以后）。宪法控诉程序有助于支持贯彻执行基本法第 1 条第 3 款的规定，即基本权利“作为有直接强制力之法律，对立法、行政、司法机关都有约束力”。[107]基本法的制定者就这样解决了魏玛宪法中关于基本权利的宪法性质那个争议最大的问题。

二战结束以后，德国的宪法理论和实务方面的学者对美国宪政一直都很关注。生于德国的学者，像哈佛的卡尔·约阿希姆·弗里德里希，[108]还有恩斯特·弗伦克尔，[109]卡尔·洛温斯坦，[110]奥托·基希海默尔，[111]

以及海因里希·克龙施泰因，都是在战前移居美国，又在德国出版了研究美国宪法的著作或著作译本。他们有些人还在德国大学设有教席。也有为数不少的德国学者和留学生进入美国大学，从而有机会实地研习美国宪法制度。

通过这些接触（还有很多，难以一一列举），在德国出现了一大批学术著作，几乎研究了美国宪法理论和实践的各个方面。与美国的饱学之士合作的比较法研究,[112]络绎不绝的访问学者和开业律师在大学和职业协会中的高谈阔论，以及唾手可得的美国法学文献，无不使德国的宪法理论和实践遭遇到美国的冲击。没有哪个国家的宪法制度受到德国宪法学家如此隆重的礼遇。

尽管我们尚不知晓该从哪个角度评价现阶段美国宪政对当代德国的影响，但就我一己之见，最重要的当是其对德国公众，尤其是政治家、学者、法官一种新的看待宪法方式的影响。它由反复试验以及“以理性开拓经验、以经验检验理性”[113]这样一个动态的认识和理解的过程构成。特别是把宪法树立为国家的最高法，并以由司法审查作为后盾，深刻地改变了联邦德国的政治过程，相形之下，司法审查在德国的重要性，恐怕只有美国最高法院在美国政治过程中的地位才能与之相提并论。

美国宪法制度和德国的现行制度在某些基本思想上有共同之处，[114]例如法治和有限政府原则，[115]宪法是最高法原则，[116]全体人民自由平等并有基本权利保障原则。在某些基本的制度和功能因素上，也有相似之处，比如联邦结构，制衡制，以及对公共权力行为的合宪性进行司法审查的独立法院制。如此说来，美国宪法观念和原则之于当前德国宪政的总的影响，我以为，就是使一种内在说服力在这类宪法制度中的初显端倪，从而在许多重要方面，评价标准、方法途径及实质结果在功能上基本一致——尽管达到这些一致的字句、手段、方式并不相同。我这样说并不是断定它们的观念和原则或其在实际宪法或操作中的结果就一模一样了。不过，即使在存在很大差异的地方，[117]美国宪法的经验和思想，对思考和重新审视德国宪法的观念、原则及处理方式，永远都是一种挑战。

注释

[1]见 E.Fraenkel，America im Spiegel des deutschen politichen Denkens（Köln: Westdeutscher Verlag, 1959），P.18。又见 John A.Walz，“The American Revolution and German Literature，”Modern Language Notes（Baltimore:Johns Hopkins University Press,1901），16：336ff，411ff，499ff:Hildegard Meyer,Nordamerika im Urteil des deutschen Schrifttumbis zur Mitte des 19 Jahrhunderts（Hamberg:de Gruyter,1929）。

[2]见 Horst Dippel,Germany and the American Revolution 1770—1800（Wiesbaden:Steiner, 1978）,p.8ff。

[3]Dippel,Germany,P.22.除了报纸、期刊、书籍外，B.富兰克林、阿瑟和威廉·李、J.Q.亚当斯、约翰·特朗布尔、托马斯·杰斐逊、古弗尼尔·莫里斯以及拉斐特等人在德国的访问也促成了事态的发展；见上，p.40ff。另外，英国军队在德国招募士兵对多数德国人了解他们此去的目的地国家及其前途也起了刺激作用。关于美国的德国出版物，见 Horst Dippel 编的文献目

录Americana Germanica 1770—1800（Stuttgart:J.B.Metzler，1976）。

[4]参见Immanuel Kant,Beantwortung der Frage：Was ist Aufklärung？在其Werke，6vols.,ed（Wiesbaden:Insel Verlag,1960—64），6：55ff。

[5]Dippel，Germany，pp. 41ff，152ff，163ff，345ff，1700至1700年 217间，有70，000到80，000德国人定居北美。1783年后，新的移民浪潮又起，这显示出在当时德国没受过多少教育的社会阶层中也掀起了广泛的美国热。乔治·华盛顿和本杰明·富兰克林是那个时代德国名符其实的崇拜偶像：见Germany,pp.236ff，242ff。

[6]同上，p.274ff，Kart Friedrich Seidel 对美国宪法的早期研究，参见 KarlFriedrich Seidel，“Die Staatsverfassung der Vereinigten Staaten vonNordamerika und historische Beiträge und Belege zur Geschichte ihrerRevolution,”in vol.2 of David Ramsay,Geschichte der Amerikanischen Revolution aus den Acten der Congresses der Vereinigten, Staaten, 4 vols.，（Berlin:in der Vossischen Buchhandlung，1794—1795）。

[7]早在1800年，Friedrich Gentz 就发表了一篇论述美国革命的起源与原则并将其与法国革命比较的文章，其中分析了二者的根本不同点。约翰·昆西·亚当斯当时正在美国驻普鲁士大使任上，就将此文译出，并于同年在费城发表。见F.Gentz,The French and American RevolutionCompared（Chicago:H.Regnery，1955），导言是Russel Kirk K.S.Zachariae写的，Ius Publicum civitatum quae foederi Rhenano adscriptisunt（Heidelberg:Mohr＆Zimmer，1807），并指美国为例分析了邦联与联邦的区别。Joseph Görres 在他的 Deutschland und die Revdution（Coblenz:Lassaulx，1819）对美国联邦主义的结决办法大加赞赏。

[8]Robert von Mohl,Das Bundes－Staatsrecht der Vereinigten Staaten von Nord—Amerika（Stuttgart:J.G.Cotta,1824），p.12.

[9]见 E.Franz, Das Amerikabild der deutschen Revolution von 1848/49(Heidelberg: C.Winter,1958),p.76.;Th.Ellwein, Der Einflus des nordamerikanischen Bundesverfassungsrechts auf die Verhandlungen der Frankfurter National—Versammlung im Jahre 1848/49（dissertation, Erlangen，1950；typescript）,p.68ff。关于美国对早期德国宪政的影响，见 Erich Angermann，“Der FrÜhkonstitutionalismus und das amerikanische Vorbild,” Historische Zeitschrift（München: R. Oldenbourg,1974），119:1ff。

[10]例如，见 K.Th.Welcker，“Uber Bundesverfassung und Bundersreform，”in Weick, ed., Annalen fÜr Geschichte und Politik（Leipzig＆Stuttgart：Scheible,1834），3:251ff；及他在Staatslexikon（当时德国自由主义的权威著作）中的文章，ed. Karl von Rotteck and Karl Th.Welcker（Altonai J.F. Hammerich,1st ed.,1834 et.seq.）3: 81 et seq.；又见 Friedrich Murhard,“Nordamerikanische Revolution，”同上，11:324 et seq.；及他的“Nordamerikanische Verfassung，”同上，11:381 et seq。

[11]后来联盟的联邦议会停止了它的权力，将其授予一位帝国摄政王，此公在大选后召集了国民议会。

[12]至于美国宪法制度的错综复杂之处和实际运行，比如制衡制度的实质有没有得到理解尚无定论；有人对此甚为怀疑，见 Angermann，“Der Frühkonstitutionalismus，”p.31。

[13]见 Paul Wentzcke, Kritische bibliographie der Flugchriften zur deutschen Verfassungsfrage 1848-51 (Halle a. d. Saale: M. Niemeyer, 1911), Anton School, Einfluss der nordamerikanischen Unionsverfassung auf die Verfassung des Deutschen Reiches von 28 Marz 1849 (Borna - Leipzig: Noske, 1913), pp. 6, 12ff（以下引作 Einfluss）。关于当时的美德关系，见 G. Moltmann, Atlantische Blockpolitik im 19 Jahrhundert: Die Vereinigten Staaten und der deutsche Liberalismus Während der Revolution von 1848/49 (Dusseldorf: Droste Verlag, 1973)。

[14]Scholl, Einfluss, p. 32. 同时代的政论家，见 Julius Frobel, Wien, Deutschland und Europa (Wien: J. Reck 1848), p. 8; R. Von der Goltz, Ideen Über die Revorganisation des Deutschen Bundes und der deutschen Staatsver fassungen (Berlin: Decker, 1848), p. 4; 比照 Veit Valentin, Geschichte der Deutschen Revolution 1848 1849 (Aalen: Scientia Verlag, 1968), 2:572ff.

[15]见 Scholl, Einfluss, p.36。

[16]Stenographischte Berichte Über die Verhandlungen der Deutschen Constituirenden Nationalversammlung zu Frakfurt am Main, ed. Franz 218Wigard (Leipzig: Druck von Breitkopf & H ärtel, 1848-49), 1:38（以下引作 Sten.Ber.）。宪法委员会有 30 个成员，温和的自由派占优势。

他们是宪法草案的主要设计者，其中有大学教授贝泽勒（法律史），达尔曼（历史），米特迈尔（刑法），华尔兹（宪政史），及韦尔克（宪法）；还有巴塞曼，一位商人；另有不少于九人是执业律师。俾斯麦时代，保守派嘲笑这个草案是个教授草案，但是，它的精神和未来影响却比这种讥评更为持久。

[17]Stem. Ber., 3:1673, 1675, 1680, 1683, 1690, 1692ff, 1698, 1700, 1703, 1778, 1954ff.

[18]Sten.Ber.,1：433,442ff,445,510,515; 6：4730,4757.

[19]Sten.Ber.,7：5218,5222,5226,5235（人口普查），5260（平等的选举权），5284（人口普查），3290（人口普查），5305ff（间接选举），5329，5505（秘密投票）。

[20]Sten.Ber.,1：737（统一公民资格），747（邦及国家的公民资格）。

[21]Sten.Ber.,3：2353ff，3255，22358.

[22] Sten,Ber.,1：367，505（否决权），446，508ff，515（职责、弹劾）；5：3338，4089（否决权），4730（选举）。

[23]Sten.Ber.,7：4954ff，4967ff，4988.

[24]Sten,Ber.,2：961ff.

[25]Sten,Ber.,1：763.

[26]Sten,Ber.,3：1610（在涉及诽谤的问题上，查实真相的权利不得限制，陪审团要同时裁定事实问题和法律问题）。

[27]Sten.Ber.,7：5016ff.

[28] 见 Helmut Steinberger, 200 Jabre amerikanische

Bunderverfassung (Berlin: de Gruyter, 1987).

[29] 除了在 1848—1849 年的国民议会的作品中外，十九世纪德国的其它宪法文件连“基本权利”一词都没用过。

[30] Scholl,Einfluss,p.32ff.及同时引证的材料。

[31]在帝国内阁各阁员副署之后，摄政相应地签署并发布了这项法律；见 Imperial Gazette（Reichs－Gesetz－Blatt），1948 年 12 月 28 日，p.49。这部权利法案最终并入 1849 年宪法，为 131 至 189 条。

[32] 大多数邦政府在邦报上公布了这部法律，或者虽未正式公布，但承认权利法案。奥地利、普鲁士、巴伐利亚、汉诺威拒绝公布这部联邦法律。根据当时的宪法，联邦法律生效并不要求邦政府的公布。而对各邦政府来说，联邦政府也无力压服持反对意见的邦政府的抵制。

[33]Reichs-Gesetz-Blatt，1848 年 12 月 28 日，p.57ff。

[34]立即生效的有：公民权（第 2 条）；起诉和诉讼程序中的平等保护（第 4 条）；移民（第 6 条）；人身自由（第 7 条）：文件秘密（第 11，12 条）；表达意见的自由及新闻出版自由（第 13 条，除陪审的规定外）；宗教自由（第 14—16 条、第 18 条）；选择职业和工作的自由（第 28 条）；集会和结社自由（第 29、30 条）；私有财产保护（第 32 条）；司法独立（第 44 条及以下）。还有一些规定需要进一步的落实措施，特别是废除贵族特权的条款（第 7 条），和对继承的管辖权（第 35 条第 1 款）。

[35]第 2 条宣布所有德国人在法律面前一律平等；废除贵族等级和一切等级特权。保证人人都有平等的机会取得公职。服兵役的义务也是人人平等的。

[36]关于其内容及对未来德国宪法发展的重要意义，参见 JÖrg－Detlef KÜhne, Die Reichsver fassung der Paulskirche (Frankfurt: Metzner, 1985)，p.160ff。

[37]见上，P.177ff.

[38]这个词后来成为民主宪政主义的核心概念；国民大会中用这个词始于宪法委员会的报告人就权利法案向全体会议所作报告。

[39]一般地，请比较，E. Eckhardt, Die Grundrechte vom wiener Kongress bis zur Gegenwart (Breslau: M. and H. Marcus, 1913); H.A.Strauss, Staat, Burger, Mensch: Die Debatten der Deutschen Nationalversammlung 1848/49Über die Grundrechte (Aarau: H. R. Sauerländer, 1947); Jorg Franke, Das Wesen der Frankfurter Grundrechte von 1848/49 im System der Entwicklung der Menschen - und Grundrechte (Bamberg:Bambenger Fotodruck R. Rodenbusch, 1970); H. J. Scholler, Die Grundrechtsdiskussion in der Paulskirche (Darmstadt: Wissenschaftliche Buchgesellschaft, 1973)及 Die Sozialen Grundrechte in der Paulskirche, Der Staat (1974), 13:51ff; KÜhne, Die Reichsverfassung,书中各处。

[40]见 Mittermaier in Sten.Ber.,3:1610；陪审团要裁定事实问题和法律问题。

[41]Sten. Ber,2:1361,1362ff（米特迈尔），1388（贝泽勒）；3：1581（亨泽尔）；私宅不得侵犯；7：5016ff（米特迈尔）。

[42]Sten.Ber.,3:1673，1675（多林格）；1680（格里茨）；1683（鲍

尔）；1690（佐普）；1692ff（瑙韦克）；1698（哈根）；1700（米勒）；1703（齐默尔曼）；1778（阿伦斯）； 1954ff（贝泽勒）.

[43]见 Bobert von Mohl, Bundes-staatsrecht,p.286ff，关于第 34 条，他明确提到《联邦党人文集》，1789 年《司法法》第 25 条，以及制宪会议中的争论。

[44]要知道， 1803 年 Marbury v. Madison 一案判决后，美国最高法院直到 Dred Scott v. Stanford,19 How.393（1856）一案才宣布过一项联邦制定法违宪。根据 Wm. M.Meigs,"The Relation of the Judiciary to the Constitution," Am. L. Rev.（1885），19:175ff，直到十九世纪末，法院对立法行为的司法审查权，美国学者一直是忽视的。Marbury v. Madison 甚至不是一个基本权利案件；而有关第一修正案的案件，在二十世纪初以前，根本就没有出现。

[45]其管辖范围包括（1849 年宪法第 126 条）：联邦政府和邦政府之间，各邦政府相互之间的争议（第 126 条 b）；联邦行政机关、上院（代表各邦）、下院（代表人民）之间的争议（第 126 条 b）；邦行政机关和议会之间的宪法争议以及关于王位继承、统治能力、邦内摄政的争议；针对联邦或各邦大臣提出的弹劾案（第 126 条 i、k）；反对联邦政府的叛逆罪和重叛逆罪（第 126 条 1）；对联邦国库提起的诉讼，或对邦国库提起的诉讼——倘若是几个邦之间的债务争执，或者权利主张是向几个邦提起的（第 126 条 m、n）；公民因为联邦宪法所保证的个人权利被侵犯或被拒绝司法审理，而对废除邦宪法或对其进行不合宪修改正式提出的宪法控告案（第 126 条 f、g、h）。

[46]见 Mittermaier in Sten.Ber.,4:2982.为捍卫宪法委员会的草案，代表米特迈尔在全会辩论中慷慨陈词：“什么被看作美国宪法的最高饰物？最高法院！这是一种解决宪法中的不明确之处、填补其空白的独特办法，一种独特的（法律）前进发展的方式。读一读美国宪法，那种通常很糟糕的译本，把它与美国活生生的宪法实践相比照，你们就会明白美国宪法的精力、活力、详细规定的确定性，都是它的最高法院赋予的。”Sten. Ber,5:3614.

[47]见 Kuhne,Die Reichsverfassung,p. 200。

[48]又见 C.J.Friedrich, The Impact of American Constitutionayism Abroad （Boston: Boston University Press，1967），p.76。

[49] 28 个德意志邦国政府宣布接受这部宪法；奥地利、巴伐利亚、汉诺威则完全拒绝。普鲁士议会下院刚刚宣称它赞同这部宪法，国王弗里德里希·威廉四世便将其解散。上院多数成员也支持该宪法，国王便命令他们休会。

[50] 根据 Enel Wolf Dobert,Deutsche Demokraten in Amerika（Gottingen: Vandenhoeck and Ruprecht， 1958）， pp. 1， 199。

[51] 又见 E. R. Huber ， Dokumente zur deutschen Verfassungsgeschichte （Stuttgart:Kohlhammer，1961－1966），2:2。

[52] 见上书，pp. 484ff，500ff。

[53] 见 F. Holtzendorff and E. Bezold, Materialien der Deutschen Reichs- Verfassung（Unerӓnderter Neudruck der Ausgabe Berlin,o.J.（Berlin:C.Habel，1872—1873）;Glasshutten，1976），vol. 3，part2，p. 905ff.天主教代表温特霍斯特请求产生“一个妥善地构造起来的联邦制国家，其整体和部分之间安排得比现在更为清晰、明确——像美国、

瑞士和过去的荷兰那样。”前书，p.1183。

[54]这么说并不是要否认实践中也存在着“黑暗面”：普鲁士境内针对波兰少数民族的歧视，对天主教会发起的“文化战”，反对社会主义党的立法和行政措施（不过，当时这个党的行列中确有人极力鼓动暴力推翻政府）。但是，对种族或宗教上的少数者的歧视，在德国看来没有像欧洲其他国家还有的地方那么严重。

[55] 自由主义的宪法学家在1848年前最多只是轻描淡写地做了一点这方面的工作；他们喜欢基本权利是出于政治原因。罗伯特·冯·莫尔是个例外，他力图分析基本权利在宪法制度内的运作；特别参见他的“Die Weiterentwicklung des demokratischen Prinzipes im nordamerikanischen Staatsrechte,”载其 Staatsrecht, Volkerrecht und Politik（Tübingen: Verlag H.Lauppschender Buchhandlung,1860），1:493ff，对美国宪法的发展进行了相当批判性的分析。

[56]G.Jellinek, Die Erklärung der Menschen-und Bürgerrechte(1885; München:Duncker and Humblot 4th ed, 1927）.

[57]库尔—黑森的宪法冲突甚至引起了联盟对该邦的军事占领。见 Huber, Dokumente, 2:908ff；及 Frotscher，“Die ersten Auseinandersetzungen um die richterliche Normenkontrolle in Deutschland,”Der Staat（1971）,10:383ff,396ff。

[58] 见这些邦的宪法：奥尔登堡（1852年第5条）；瓦尔德克（1852年第94条）；施瓦岑堡-鲁多尔施塔特（1854年第26条第2款）；绍姆堡-利珀（1857年第32条）；施瓦茨堡-松德斯豪森（1857年第41条）；及利珀（1867年第5条）。

[59]由此推论不是国王发布的行政法规要接受司法审查。

[60]见 Christoph Gusy, Richterliches Prüfungsrecht: Eine verfassungsgeschichtliche Untersuchung（Berlin: Duncker and Humblot,1985），p.22ff;E.R.Huber,Deutsche Verfassungsgeschichte seit1789（Stuttgart Kohlhammer,1963），3:1055。

[61]Robert von Mohl, Die Geschichte und Literatur der Staatswissenschaften (Erlangen: F. Enke, 1855); 又见其“Die Weiterentwicklung des demokratischen Prinzipes,”p.493ff.其他作者赞扬美国宪法模式的有 Robert Blum, Völkstumliches Handbuch der Staatswissenschaften und Politik (Leipzig: H. Matthes, 1851)，P. 370； Eduard Reimann，Die Vereinigten Staaten von Nordamerika im Ubergang vom Staatenbundzum Bundesstaat (1855; Weimar:H. Böhlau)，pp. 16, 318; Karl Friedrich Neumann Geschichte der Vereinigten Staaten von Amerika, 3 vols, (Berlin: C. Heymann, 1863—66), 书中各处。 Carl Nauw erk 的“Diedeutsche Reichsverfassung,” Deutsche Monatsschrift fÜr Politik, Wissenschaft, Kunst und Leben (Bremen: C.Schunemann, 1850), p.26ff,热情洋溢地维护和肯定了保罗教堂的工作，并对德意志的王侯们进行了猛烈的抨击。

[62] von Mohl,Geschichte und Literatur;1:251,509ff.

[63] 同上，1:582。

[64]另一方面，罗伯特·冯·莫尔对美国好些个州的蓄奴制也提出了批

评；他也是最先请求给妇女平等的选举权的人士之一。见上引书，1:529。

[65] 见 Robert von Mohl, "Gesetz, Gesetzgebende Gewalt, Gesetzgebung," inJ. C. Bluntschli and K. Brater, eds, Deutsches Staats-wÖrterbuch（Stuttgart:Expedition des Staats—wÖrterbuchs，1859），4:267, 和他的 "Über die rechtliche Bedeutung verfassungswidriger Gesetze，" inStaatsrecht, VÖlkerrecht und Politik 1：67ff。

[66]见"Verhandlungen des Dritten Deutschen Juristentages，"of Sten Ber, 2:10ff；提及美国司法审查制的次数很少。唯一有点意思的看来是报告人格莱斯特教授的观点，他说美国对立法行为的司法审查是一种通过改变多数来制约不成熟决定的策略，是一种保留了世袭君主制的某些优点的办法。见上，1：230ff.上诉法院法官赖兴施佩格谈得更详细，还引述了约瑟夫·斯托里的《评述》，不过他强烈反对美国对制定法进行实质性审查的制度，说那和建立在君主制原则基础上的德国体制不合。同上，2:26ff，30ff。

[67] 进一步的讨论，见 H.A.Zachariä, Deutsches Staats-und Bundesrecht (CÖttingen: Vandenhoeck and Ruprecht, 2d ed., 1854), 2:241ff:R.Wahland F. Rottmann， "Die Bedeutung der Verfassung und der Verfassungsger-ichtsbarkeit in der Bundesrepublik：Ein Vergleich zum 19 Jahrhundert undzu Weimar," in W. Con ze and R. M. Lepsius, eds,Sozialgeschichte derBundesrepublk Deutschland（Stuttgart:Klett-Cottar，1983），p.349ff。

[68] 帝国最高法院的很多判决大意如此。例如，参见，Entscheidungen des Reichsgerichts in zivilsachen, 2:93, 11:183, 15:27, 19:176 (Berlin:de Gruyter, 1950-)（以下引作 RGZ）；Entscheidungen des Reichsgerichts in Strafsachen, 7:201, 9:357, 10:220, 34:121。一股地，比较，Huber, Deutsche Verfassungsgeschichte 3: 1062ff；C.Gusy, Richterliches PrÜ fungsrecht, p.27ff。

[69]见 RGZ43：420；48：84；77：229。

[70]RGZ9：232；此案虽只与一邦法有涉，但判决意见的推理很宽泛，无疑法院也会将此学理运用于联邦法律。

[71]这些学者有 J.施塔尔，H.策普夫尔，J.黑尔德，H.A.察哈里埃，O.巴尔，J.C.布伦奇利，P.拉邦德，G.耶里内克，C.F.格珀。参见 C.Gusy, Richterliches Prufüngsrecht 所引,p.53ff。

[72] 参见 G. Meyer and G. AnschÜtz, Lehrbuch des destschen staatsrechts (Munich and leipzig: Duncker, andHumblot, 7thed, 1914), p.743。

[73]Johann Kaspar Bluntschli 在其大作 Deutsche Statslehre und die heutige Statenwelt (Nordlingen: C.H.Beck, 1880), p.473ff 只给美国宪法小小的一章， Hermann Eduard von Holst 在 Das Staatsrecht der Vereinigten Staaten von Amerika (Freiburg:J.C. B.Mohr,1885), Siegfried Brie在Der Bundesstaat (Leipzig: W. Engelmann, 1874), p.92ff, Georg Jellinek 在 Die Lehre von den Staatenverbindungen (Berlin: O. Haering, 1882),就联邦宪法方面和国际方面，对此进行了广泛的探讨。

[74]又见 Eugen Schlief, Die Verfassung der Nordamerkanishen Union

(Leipzig: F.A.Brockhaus, 1880）；J.J.RÜttimann, Nordamerikanisches Bundesstaatsrecht (Zurich: Orell, Fussli, 1867, 1872).一本涉及到宪法状况的一般性著作是 Hugo MÜnsterberg, DieAmerikaner (Berlin:E.S.Mittler,1904)；特别见其讲到美国最高法院的部分，1:175ff。不过，没有一本著作能与 J. Bryce 的 The American Commonwealth (NewYork: Macmillan,1910)相比。

[75] 第六次会议， 1919 年 2 月 13 日， StenBer，1:57C。

[76] 在国民议会的辩论中，美国总统制被频频提起，有人提倡，有人反对引进。总统由民众直选的决议看来在一定程度上是受了美国式总统制的影响。但是总统与首相及内阁以及联邦议会的关系，与欧洲议会制尤其是法国模式更为相似。

[77] 见《1920 年 7 月 9 日宪法法院法》，RGB1， 1921，S. 905。

[78] 有八个成员邦（包括普鲁士和萨克森）没有成立邦宪法法院，其它十个邦都成立了。

[79] 见 UlrichScheuner, "Die Überlieferung der deutschen Staatsgerichtsbarkeit im 19 und 20 Jahrhundert," in Christian Starck, ed, Bundesver fassungsgericht und Grundgesetz (TÜbingen: Mohr, 1976), 1:1, 13ff; K.Kreutzer, "Vorläufer der Verfassungsgerichtsbarkeit im sÜddeutschen Konstitutionalismus," in Europarische Grundrechts - Zeitschrift (Kehaland Strasbourg: Engel, 1986), p.94ff,110。

[80]后者还规定，最高法院有权对联邦议会两院之间、任一院与联邦行政机关之间的重大争议做出裁决——如果争议双方同意将争议交由最高法院裁决的话（第 126 条，b 款）。1949 年基本法也是这样规定的。

[81] Sten. Ber,6:3802.

[82]这派理论的杰出代表有 G.安许茨，尤利乌斯·哈切克，R.托马，古斯塔夫·拉德布鲁赫和瓦尔特·耶里内克。

[83]见他给 H.W.Torrince 的信，裁 The Writings of Thomas Jefferson, ed. Andrew A. Lipscomb (Washignton, D.C.: Thomas Jefferson Memorial Association, 1904），14: 304f，还有给 William Johnson 有信，裁 Saul Padover, ed, The complete Jefferson, （New York: Duell, Sloan, and Pearce, 1943），p.320ff。

[84]参见 H.S. Commuger, Majority Rule and Minority Rights（London and New York:Oxford University Press,1943）； Austin Ranney and Willmoore Kendall, Democracy and the American Party System（New York: Harcourt, Brace, 1956）。

[85] 参见 E.Von Hippel, "Dasrichterliche PrÜfungsrecht," in G.Anshutzand R. Thoma, Handbuch des deutschen Staatsrechts (Tubingen: Mohr, 1932); 2:552ff; P.Häberle,ed,Verfassungsgerichtsbarkeit (Darmstadt: Wissenschaftliche Buchgeselschaft, 1976); and Gusy, Richterliches PrÜfungsrecht, p.90ff。

[86]例如，F.珀奇-黑夫特尔、O.比勒、A.亨泽尔、A.冯·弗赖塔格-洛林豪温、H. 凯尔森、C. 施米特和 E. 雅各比。

[87] H. Triepel, "Der Weg der Gesetzgebung rach der neuen Keichsverfassung," in Archiv des Öffentlichen Rechts (Tubingen: Mohr,

1920), 39:456ff.

[88] E. Kaufmann, "Die Verfassungswidrigkeit des Artikles 46 des Gesetzes uber die Reichsfinanzverwaltung," in Juristische Wochenschrift (Leipzig: W. Moeser, 1919), 8:901ff.

[89]G. Leibholz, Die Gleichheit vor dem Gesetz(Berlin: O. Liebmann, 1925).

[90] 见其就宪法管辖权的实质和发展向德国宪法学教授协会所做的报告。Heinrich Triepel, VerÖffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer (VVDSTL) (Berlin: deGruyter, 1929), 5:2ff，特里拜尔详述了宪法管辖权及其不同形式所出自的所有形形色色的观点和原则，在第 61 页以下他将美国变种作为发展的一个主要支系做了探讨。

[91]同时代的作品，见 E. Friesenhahn, in G.Anschutz and R.Thoma, Handbuch, 2:523ff;及 H. Triepei and H.Kelsen, Wesenund Entwicklung der Staatsgerichtsbarkeit, VVDSTL 5:2ff, 30ff。

[92] 联邦最高法院一个判决（RGZ [1925],11,320）确认这种做法合宪。

[93]Hermann von Mangoldt, Geschriebene Verfassung und Rechtssicherheit in den Vereinigten Staaten von Amerika (Breslau—Neukirch：A.Kurtze, 1934）.

[94]Hermann von Mangoldt, Rechtsstaatsgedanke und Regierungsform in den Vereinigten Staaten von Amerika (Essen: Essener Verlagsanstalt, 1938).

[95]Hermann von Mangoldt, Das Bonner Grundgesetz (Kommentar), 1950—1953 ;(2d ed. With F. Klein, Frankfurt - am - Main: Franz Vahlen), 1957.

[96]数十年后看来，这大约是因为西方占领军的干涉实质上与基本的德国概念并不抵触的缘故。没有这些干预，这些概念最终也会结出类似的果实，不过可能是稍微统一些的联邦国形式。在德国舆论中，这些可能的歧异并不表示基本法的实质内容是外国势力强加的。

[97] 主要的起草工作是在总委员会里完成的。见“Protokoller der Verhandlungen des Hauptausschusses des Parlamentarischen Rats” Parlamentarischer Rat:Verhandlungen des Hauptausschusses（Bonn: Bonner Universitäts-Buchdruckerei.Gebr.Scheur, 1948—1949）。

[98] Der Parlamentarische Rat 1948—1949:Akten und Protokolle (Boppard: Boldt, 1975）, 2:75.

[99]第 3 款经过 1956 年 3 月 19 日法律修正（Bundesge setzblatt part1,p. 111）。

[100] 参见“Report of the Constitutional Convention at Herrenchiemsee,”in Der Parlamentarische Rat 1948—1949,2：554.联邦宪法法院的管辖范围主要是在基本法第 93 条及《1951 年联邦宪法法院法》中确定下来的，后者曾修订过，Bundesgesettsblatt 1949,part 1;ibid. 1971,I105。

[101]参见 B. Wulffen, Richterliches Prüfungsrecht im Heiligen Roemischen Reich Deutscher Nation des 12 Jahrhunderts (Gelnhausen:

Dissertations-Druck F.w. Kalbfl eisch,1968); Scheuner, “Die Uberlieferung der deutschen Staatsgerichtsbarkeit,” p. 13ff。

[102] 见 “Report of the Constitutional Convention at Herrenchiemsee,” p. 622。

[103]同上。

[104]这种类型的附带程序正是《建立欧洲经济共同体的条约》（Luxembourg：EEC，1987）第 177 条所规定的类似附带程序的原型。 [105]这种垄断权力只与基本法生效后正式制定的法律有关，对习惯法、行政命令和行政法规无效。

[106]1969 年 1 月 29 日法律（Bundesge setzblatt，part1，p.97）。

[107]根据基本法，联邦和各州政府直接受联邦基本权利的约束，无需通过一种类似第十四修正案（美国宪法）的迂回方式。

[108]参见 Carl Joachim Friedrich, Constitutional Convernment and Democracy: theory and Practice in Europe and America,4th ed.（Waltham,MA：Blai-sdell,1968）；德文本叫做 Der Verfassungsstaat der Neuzeit（Berlin:Springer,1953）。

[109]参见 Ernst Fraenkel， Das amerikanische Rigierungssystem, 2vol. （Koln: Westdeutsche Verlag, 1960）及 Deutschland und die westlichen Demokratien(Stuttagart:W.Kohlhammer,1964)。

[110]，参见 Karl Loewenstein, Verfassungsrecht und Verfassungspraxis der vereinigten Staaten (Berlin: Springer, 1959)。

[111]参见 Otto Kirchheimer, Politik und Verfassung(Frankfurt: Suhrkamp Verlag, 1964）。

[112]例如，见，W. A. Kewenig, ed, Deutsch-Amerikanisches Verfassungsrechtssymposium: 1976 [The American-German Bicentennial symposium on Constitutional law](Berlin: Duncker and Humblot , 1978），美国方面的参加者有小卢卢斯 A. 波和肯尼斯 W.达姆，德国方面的参加者有 U.朔依纳、彼得·莱尔歇、KH.弗里奥夫。参见马普所的比较法学研究 Max-Planck-Institut fur auslandisches Öffentlichen Recht und VÖlkerrecht:State and Private Property (1960) （Paul Kauper 所做美国报告 34: 153ff）；Constitutional Review in the World Today (1962)（Kauper 所做美国报告， 34: 568ff）；“ liability of the state for Illegal Cocduct of Its Organs, ” in Haftung des Staats für rechtswidriges Verhalten seiner

Organe (1976）,William Van Alstyne 所做美国报告（Koln:C.Heymann）2: 1123ff; “ Judicial Protection of the Individual against the Executive in the United States of America, ” in Judicial Protection against the Executive (1969） , Van Alstyne 所做美国报告（Dobbs Ferry,N.Y.:Oceana,1970),p. 1123。

[113]Roscoe Pound,New Paths of the Law(Lincoln:University of Nebraska Press,1950),p.13.

[114] Klaus Stern,Grundideen europaisch-amerikanischer Verfassungsstaatlichkeit (Berlin:deGruyter,1984)，指出了部分这些思想的共同传承。

[115]参见 BVerfGE42，312（331f）（1976）。

[116]参见 BVerfGE51，304（323）（1979）。

[117]参见 U.Scheune，“Constitutional Traditions in the United States and in Germany，” in Kewenig, Deutsch-Amerikanisches Verfassungsrechtssymposium:1976,p.14ff, 35f。

九 日本和朝鲜的宪政与权利

劳伦斯 · W · 比尔

十九世纪后半叶，当欧美帝国主义向东亚强行输出贸易、外交与新观念之时，西方宪法性权利的概念也随之传入东北亚的几个与世隔绝的王国。日本在德川幕府（1603—1868）家族统治集团的外交政策下，闭关锁国已达几个世纪之久；古老的高丽王国自公元 668 年统一整个朝鲜半岛以来，真可谓是一个“遗世独立的王国”。中国自 1842 年始逐步落入西方各国强迫签订的一系列不平等条约的控制之下。1853 和 1854 年，马修 · 佩里船长那不祥的美国“黑船”的到来成为日本被迫接受一套类似条约的开始；但是到 1876 年，日本已足以回到法律独立的老路上来，并加入西方列强的剥削集团，迫使朝鲜开放自己的商业和外交。日本到 1900 年前后取得了条约上的平等。不幸的是，朝鲜在不久之后即为日本所吞并，直到 1945 年才获得自由。[1]

日本与韩国在现代宪政史、政治文化及近来的人权记录方面都有很大的差异，尽管两国对个人权利的本土理解如今已经相同，并与联合国人权文件中表达的内容大致相似。两国都曾受到美国宪政的影响，特别是在二战之后，这段时期也正是本文讨论的焦点。在它们的法律传统上发生过两次主要的近代断裂：[2]在外来压力下，日本于十九世纪和二十世纪初期按照欧洲大陆的模式重塑了传统法律，使之成为民法法系中的一分子。由于日本的占领，朝鲜也这样做了； 1945 年 9 月开始的军事占领则又使美国对宪政与权利的理解渗入欧洲概念之中，甚至更占了上风。在日本和朝鲜法律体系中，西化之前的、欧洲的和美国的法律观念逐渐获得了动态的整合；但在东亚，未曾有过与美国和欧洲的长期历史进程相类似的连续性的宪政发展史。[3]在那里，目前的观念和制度不是从对本土的或当地的前近代思想和实践的提炼或调适性回应中产生的；其本国的哲学、宗教、法律传统或其文字记载中，没有任何宪政政治的迹象会导致诸如独立的法院、被告人权利、公民自由或民选立法者之类的制度。

“权利”之类的语词不存在，但我们还应追问：是否有一种在功能上与个人权利等值的东西弥漫于成熟的东亚文明之中呢？在讨论美国对域外权利的影响之先，我们至少需要稍稍地了解一下受到影响的是什么。在与目前对个人权利的理解有关的概念和实践活动方面，已定型化的东亚文化并非一片空白（tabula rasa）。在那里，发达的本土自然法传统与西方的国家理论一道影响着人们对个人、家庭、群体和社会共同体的理解。[4]

来自中国的佛教和宋明理学成为日本和朝鲜人民理解政府、道德与宇宙秩序的源泉。但在许多世纪以前，每个国家都为其异常同质的人民发展起了自己独特的制度。[5]高丽的国王在汉城通过一个小规模的统治阶层统治着一个中央集权国家。从十七世纪到十九世纪中叶，德川幕府将军所实行的领地分封制使得成百的藩镇领主获得了有限的地方治权；他们普遍无视失去权力的天皇的存在，所要求的只是天皇来从形式上认可每一代世袭将军的正统性。既不存在一种像美国那样认同宪法性权利的传统，也找不到任何先在的理由来作为缩小政府权力和职能之依据。而且，两个国家都尊重世袭职位及清楚界定的社会等级。封建家规在日本曾起着重要作用，但人们赞许某人是一个好的臣民或统治者时，主要是看他是否有效地按照天理而不是成文法的

要求来行事，成文法远非完备，但本质上一概是惩罚性的。在两种法律文化中，也都把相互性理解成义务的一种合理属性。每个人都有适应于他（她）的社会地位的义务；在日本人头脑中常常浮现的是高度属人化的义务而不是非个人化的法律权利。履行义务带来的是自足、安全及在家庭和社会中的受人尊敬的地位。

对义务中的互惠性之认识——权利意识的一种可靠表现形式——始终贯穿于东亚的自然法与正义观念之中。在理论上，往往也在实践中，不负责任是不为法律或政府所接受的；一个好的官吏或精英集团的成员[日本的封建武士领主（samurai）和朝鲜的旧贵族（yangban）]被认为应当克尽职守并效忠于上峰，但他们还得对那些社会地位较低的人显示出仁爱、体恤之情——后者可以合理地要求这些。当然，按照今日日本、韩国和美国的水准来衡量，当时的法律和制度所提供的权利保护是很不充分的，但过分强调这一点便无疑犯了一个时代性的错误。我们可以用一种在过去的东亚观点看来十分奇怪的方式来对此概括：下属有一种“正当的请求权”，要求上级作出尽职的行为和可敬的举动给予他一种仁慈的对待，因为上级有回报的义务，若是无视下属的存在，等级制便失去了正当性。

相互义务的意识至今仍渗透在日本和韩国社会之中。今日东北亚权利意识中的一个关键问题正在于要拓展个人强烈的互惠义务观念，使之不局限于家庭这样的特殊个人关系，而遍及于对所有本国同胞之权利的尊重。日本人通常把个人权利视作这样一种正当的期待：其他的人（不论是在有组织的群体之等级中处在同等地位的人、上级还是下属）在互惠关系中将自觉履行他（或她）自己的义务，并不是把一个人的权利看成与其他人的权利或国家权利相对的东西，而不顾及任何固有的相互性或互惠性、共同体、或某种意义上的等级体系。新法律平等观与社会-法律等级制的整合已成为现代东亚权利思想与实践之发展中的一个主要课题。从更广泛的意义上来说，它为人权理论的跨文化说服力作了有意义的补充，将其置于“相互主义”而非一大批西方观念中的“个人主义”的基础之上，并使其在宪政民主的大氛围中，综合对权利与义务及平等与等级观念的跨文化理解。宪法权利属于个人，但这是作为“社会中的人”，而不是与世隔绝的“自然状态中的个人”。[6]作为对过分抽象并带有文化沙文主义色彩的多种“个人主义”权利论之校正，有必要强调不同文化共同体中的个人在表明对他们的人权和法律权之尊重的行为方式上有自己的不同偏好。当然没有人喜欢苛政，但在同样民主的不同文化圈中，人们对言论自由或是无罪推定的强调程度是有所不同的。

美国的宪政观念在十九世纪的日本和朝鲜已为人所知，但没有对那里的法律学术话语产生重大影响。《独立宣言》、亚伯拉罕·林肯的演说及其它经典之作过去和现在一样对许多人产生过鼓舞，但欧洲法律经验和宪政思想的巨大宝库在实际事务中受到更多的重视。诚如日本大法官、英美宪法的重要门徒伊藤正己所提示的那样，明治时代早期的一些日本人对英美宪政观念表现出来的某种关注并不意味着这些观念对明治宪法及其解释产生过什么影响。西欧法律的影响在日本、因而也在朝鲜占主导地位。[7]直到 1945 年夏季之后，美国观念才随着美军对日本和南韩的占领而在那里取得优势地位。

具有尖刻讽刺意味的是，日本战败这一意味着朝鲜“解放”的事件，由于美国对朝鲜事务的不熟悉及对未来缺乏一以贯之的计划而使朝鲜进入分裂、政治暴力与动荡的悲惨年代。[8]为接受日本的投降并最终将主权交还给

朝鲜人民，美国和苏联在战争的最后日子协商将朝鲜半岛“暂时”分成南北两部分，分别进行军事占领。尽管到写作本文之时分裂看来仍是长久性的，但朝鲜人民相信终将以某种形式实现重新统一。1950—1953 年的朝鲜战争使得许多人丧失了生命，还有成千万的骨肉亲朋被隔离在南北两半，所有的联系都被禁止了；只在 1985 年 9 月才有过一次汉城和平壤之间的小规模的亲友互访。[9]几十年以来，这种分裂不仅对一般意义上的美朝关系产生着深远的影响，还特别对美国宪政观念的影响产生着作用，而且像后面将说明的那样也影响着韩国个人权利与自由的不稳定状态。

在二战中的空前惨败使得日本被从朝鲜和亚洲的其它属地赶走了，本国也弄得破败不堪。但战败也带来了成功，日本开始进入现代史上持续时间最长的一段和平时期。像其前属地的公民们一样，日本人民从一个压迫政府下解放出来了；一段相对精心准备的美国占领（1945—1952）帮助了这一敌国按“波茨坦公告”（1945 年 7 月 26 日）的要求实行民主化。人们通常单方面地强调日本的经济成就是其民主的基础；但我们也可以说是非军事化的和平与宪政民主为这一国家及其全体国民获得无与伦比的经济增长奠定了基础。

自 1945 年以后，美国与其东北亚盟友在宪政权利方面的学术、文化和政治交流在彼此依存的背景下逐步制度化了。武力优势最初是十九世纪西方法律和宪法概念之输入及占领期美国产生巨大影响的决定性条件这一事实，对今天的大多数日本人而言并没有削弱对个人权利观念之合理性，这种观念既是本土的，也是与美国宪政一致的。通过了解美国对日本和韩国权利某些方面的影响，可以帮助我们进一步认识美国在给它的两个非西方伙伴提供一种条理化的观点时的长处与局限。

日本

由一些美国占领官员在战后真正理想主义的几个月里按照原装的美国理想构思出来的 1947 年日本宪法[10]体现了美国人对权利的极好表述。不过，对大多数日本人来说，这部宪法还最权威地表达了日本人在战后法律中广泛扩大的权利，并且有理由被看作这个国家当代文明中最神圣的法典。

当日本的大门在十九世纪中叶被西方列强挤开之时，日语里还没有“权利”（kenri）、“人权”（jinken）这样的词汇，[11]尽管那里已有为人们所普遍理解并得以强制实施的法律准则。那里没有类似于美国人用一部单独的成文宪法来列举并通过拥有司法审查权的法院来保护的权利。

宪政压力的增强

不过，在近几十年中，许多有探索兴趣的和有文化的日本人已经熟悉了西方法律和政治思想方面的文献。而且，作为专业术语史上的显著成就之一，一些日本官方学者在东方文字体系内发明了一些法律术语，进一步使英美及各个欧洲国家有关法律、宪政权利及公民自由的理解本土化。经过长期的考察和讨论，日本的领导人和学者们发现民法传统从总体上更适合于他们的需要，一般说来，优于普通法传统和美国宪政。[12]

在设计《日本帝国宪法》（即 1889 年“明治宪法”）之时，[13]日本修

改采用了 1850 年普鲁士宪法中建立起来的概念和制度。[14]划分武士（samurai）、贵族、农民、手工业者、商人及贱民的德川等级秩序被废除了；一个强有力的国家建立起来了，但也同样确立了除了皇室成员之外几乎每一个人都平等地服从于法律的体制。这部基本法所规定的是动态的君主政体、一套强大的现代官僚机构、以两院制国会为内容的有限的议会制以及天皇的臣民们有限的权利和自由。当时一些重要的西方宪法界人士极力称颂这种结构设计的匠心独运，恐怕有些太轻率了。

经常被忽视且在许多世纪中一直处于无权状态的天皇在“明治维新”（1868）之后成为一个西化宪政国的魅力非凡的主权者。从理论上说，天皇就此恢复了他在与其臣民进行统治性沟通中的据称的古老而适当的地位；[15]但能干的政治寡头们实际上以天皇的名义统治着日本。他们采用现代的政治教育与控制手段来克服传统的大众冷淡并使人民在与现代国家主义保持一致的前提下效忠于天皇。明治宪法中赋予臣民个人的权利并非建立在东亚或西方的自然法观念之基础上，而是被看成一个根据定义就是神圣、善良和无私的主权者的恩赐。举例来说，公民自由很容易受制于法律、行政规章、治安权以及强制性的社会-法律措施。西方法治论在这几十年中已获得了一定的社会基础，但直至二战之后，当政府官员侵犯了这些权利时，还没有有效的法律补救措施。人们遵从国家神道思想，把无私奉献看作是每个臣民对半神化的社稷和君主所应尽的义务；天皇被看作是源自神秘的史前时代太阳女神(天照大神）的永恒的皇族家系上的最后一环。人们日益神往的是作为紧密结合的“国家”（Kokka 之意译，是日本人对民族国的称呼）中的一员与天皇保持精神上的亲近而感受到的温暖，而不是个人中心主义的权利关怀。

自 1868 年至 1912 年，一套严密的官僚控制体系逐步到位。民主思想此时也显示出一些活力，特别是在明治时代早期及日本作为协约国对德作战的第一次世界大战之后的那段令人兴奋的时光里。1925 年出现了两起象征着逆流到来的事件：一是选举权扩大到所有 25 岁以上的男子，[16]二是著名的《治安维持法》的通过，[17]这部法律为 1930—1945 年“战争时期”的非常严密地限制提供了法律依据。和今日一样，军国主义和以皇帝为中心的极端民族主义总是隐含着无视所有个人权利与自由的倾向。

战后宪政革命

到 1945 年秋日本当代宪政革命开始的那个决定性时刻之前，几乎没有 20 世纪的日本学者和官员把美国在宪政与权利方面的措施认真看作可能适合于日本的模式。[18]

那么，这一革命是怎样开始的呢？在历史上一场特别的跨文化合作中，一些美国人和日本人共同工作了一段短暂时光，重建了日本的体制及其在亚洲的位置。在描述那时美国对权利的影响之前，有必要强调一下我们这里所论及的只是一个古老国家历史上的很少几次创造性变迁中的一次。

当日本在 1945 年末及 1946 年向宪政民主突然迈进之时，日本人民经历了专制政府和战争惨祸结束后各种对立因素的机械并置。美国在开始时起到的催化作用对日本的转型似乎是至关重要的；日本似乎不可能靠自己的力量和平演化成民主制。到 1987 年，日本宪法是全世界 164 部单一文本宪法中仅有的 22 部早至二十世纪四十年代就已出现者之一；其余的 100 多部宪法只能

溯源到 1970 年或这一前所未有地和创造性地寻求合适的宪法形式和稳定性的年代的较晚时候。[19]在日本，自被占领之后从未有过权利被搁置或受到异常手段的限制。任命不当及竞选活动成本过大的问题仍然存在；但所有国家领导权的交接都和平地依民主法律进行。和平及民主的可预见性本身也支持着个人权利的地位。

公民权利与自由对日本人民来说是突然降临的。《波茨坦公告》（1945 年 7 月 26 日）在其纳降条款中坚持民主、权利和自由（第 10 项）；哈利·杜鲁门总统的“美国对日纳降后初步政策”中也提出了同样的要求，这份文件于 1945 年 8 月 19 日由盟军（SCAP）总司令道格拉斯·A·麦克阿瑟将军接受。[20]此项政策中还规定通过盟军指令（称作 SCAPIN）对日本实行间接统治，而不是像在韩国和德国那样由占领机构直接进行管制。盟军指令可以转化为日本法律而施行。帝国法令第 542 号（1945 年 9 月 20 日）授权日本政府遵循“波茨坦公告”以法令的形式将盟军指令的意图转化为日本法律。到占领结束时，总共颁布了大约 520 项这样的法令，统称为“波茨坦法令”，但只有 1945 年秋天的几项法令改变了直到今天的日本个人权利的地位。

日本宪政革命开始于 1945 年 9 月,起初是在与日本政府冲突的状态下进行的：盟军取消了关于议论天皇的限制，并从总体上扩充了个人权利的内容。例如,当日本政府试图禁止东京报纸登载裕仁天皇 9 月 27 日在盟军总部办公室卑恭地站在麦克阿瑟将军身旁的照片时，盟军签发了第 66 号指令，禁止非经盟军总部特许而对新闻界施加任何限制,并要求废除所有相反的法律。[21]当日本政府顽固地告诫作者们尊重压制性的《治安维持法》之精神，以推崇天皇中心的意识形态时，另一项占领期指令，盟军第 93 号指令（1945 年 10 月 4 日），不留余地地要求政府释放所有政治犯并恢复他们的公民权，“废除并立即停止适用……所有（不民主的）法律、法令、命令、条例和规章”，并取缔一切反民主的机构。短短数月间，反人权的法律与行政机构的大厦崩坍了。这些“自由命令”（jiyu no shirei）和盟军的其他指令以及其后由日本政府颁行的法令，标志着确立个人权利的关键性第一步。随着天皇于 1946 年 1 月 1 日公开否定自己的神性并澄清其普通人性，1946 年的制宪 232 工作拉开了序幕。这些美国以武力作后盾全面支持日本宪政改革的早期事例值得研习日本宪法权利在占领期之发源史者的更多关注。

在占领期日本法律中权利和自由的扩展中有一点不可避免的含糊之处：1）尽管绝大多数日本公民从那时到现在都支持并期盼广泛的个人权利，还是有一部分人数少但影响大的政治少数派一直持反对立场并要求修订宪法。不过，在早期占领中，无论是日本领导人还是其他日本人都无权拒绝自由。2）另一方面，盟军总部施行了对传播媒体的有限审查和其它特别的或制度化的限制。[22]一个临时行使治权的民主征服者避开特权而用强力来开放并解除一套权威体系，宪法权利的长期合理性便不需要从一开始就得到官方的支持（在日本或在普遍意义上都是如此），只要有充分的证据表明已获得主权人民的支持即可。那些反对个人权利者似乎应负有相反的举证责任。

权利条款的起草

盟军总部鼓励对天皇制展开讨论，但限制对占领活动进行新闻报道和批评。[23]在禁忌话题的目录上高居前列的便是美国在起草日本宪法这项占领

期的最大成就中扮演的角色问题。对占领期的背景和历史已有过详细介绍；[24]本文只描述起草宪法中权利条款的过程中的几个关键点，这是关于美国发挥影响的关键实例。

麦克阿瑟在基本问题上从华盛顿获得指导，但出于必须，他享有广泛的自由裁量权。[25]与 1945 年早些时候来自华盛顿的指令相似，国务院的十四页“ 改革日本政府体制 ”文件坚决要求在日本法律中确立人权内容，使之同其它内容一道构成完整的宪政民主制度；[26]这份文件于 1946 年 1 月 9 日送达麦克阿瑟。

在盟军总部的督促下，币原喜重郎首相领导的政府于 1945 年 10 月组成了以松本蒸治为首“ 松本委员会 ”，以考察按民主方针修改明治宪法的可能途径。其总结报告于 1946 年 2 月 1 日提出，建议作稍许改变，麦克阿瑟和他的同事们认为这难以接受。[27]在此之前，盟军总部除签发了多项指令并对日本政府进行私下劝告外，还于 1945 年 10 月 11 日提出了“ 五项重大改革 ”要求：解放妇女、鼓励成立工会、实行更民主的教育、结束一切压迫及经济民主化。松本报告被认为未对这些关切作出回应，这使得道格拉斯 · 麦克阿瑟将军对日本政府的改革主动性感到无望。[28]他决定将为日本起草一部模范宪法的任务委托给盟军总部管理部，由他的亲信考特尼 · 惠特尼将军主持。他允许惠特尼放手去干，只提出了三项要求：保留天皇制，但要使之服从人民的意愿；放弃该国的战争权；废除所有封建、贵族制度。[29]

1946 年 2 月 3 日，盟军总部管理部副主任查理斯 · L · 凯德斯[30]同另外两个律师——阿尔弗雷德 · R · 胡塞和米洛 · E · 罗威尔——一道组织了一个指导委员会，为起草模范宪法制定了基本规则，并于 2 月 13 日呈送给日本政府。[31]“ 他们单独或集体草拟了这份草案中的许多条款，还对同事们撰写的大部分条款进行重写、修定或表决，这些同事按职能分属于立法、行政、司法、公民权利、地方政府或财政小组。 ”[32]他们以及起草这部基本法中不同部分的专业小组成员都不是美国宪政权利专家，更不用说对日本公法的了解了。

麦克阿瑟将军和惠特尼将军在背后支持他们，并对制定某些条款施加影响；有一个颇具规模的群体致力于此，但是指导委员会，尤其凯德斯在主要起草人中发挥了主导作用。凯德斯坚持认为，起草过程“ 是一项群策群力的集体工程 ”。[33]

尽管一开始被吓呆了，币原政府还是命令内阁法制局在盟军总部这份文件的基础上准备一份新的宪法草案；[34]惠特尼和指导委员会口头曾提出了一种令人担心的替代办法：先由投票者在明治宪法与盟军总部的民主宪法之间作出选择。在此过程中的一些关键时刻，如 2 月 22 日和 3 月 5 日，天皇接受了请教并表示支持具有深远影响的变化。草案完成于 3 月 4 日，3 月 6 日同盟军总部协商作了进一步的修改；此后，随同一道支持性的帝国文告以日、英两种文字公布。[35]以后又几经研讨，几度从一种文字译作另一种文字；而这部形成中的宪法的革命性推动力是显而易见的，公众的反应是肯定的。

“ 明治宪法 ”的修正程序得到遵从；[36]修正这份草案并通过《日本宪法》的众议院在 1946 年 4 月 10 日战后第一次普选中产生。百分之八十一的当选者是第一次参与国会政治，妇女也是头一次投票并担任国会职务。1945 年 12 月 17 日的《众议院选举法》首次规定妇女享有选举权，还将投票权扩展到所有 20 岁以上的男女。在夏季的讨论中，众议院增补了两项条款、删除

了一项条款、修订了二十二项条款，最后于 1946 年 8 月 24 日以 421 票对 8 票通过了这项宪法，作为对明治宪法的第一次修订。这份文件后来在贵族院获得通过并于 1946 年 11 月 3 日颁布；它于次年 5 月 3 日正式生效，这个日子被尊为日本国庆节。[37]

《日本宪法》的成功是由于日本人民自 1946 年以来的支持和努力；但在 1946 年，在 2 月 13 日和 3 月 6 日这些关键日子的前前后后，许多日本人和美国人在东京的办公室里尽心撰写和推敲它的条文。在各个重要方面，这部宪法都可以说是两国的作品。在 1946 年以来通过自己对影响人权的宪法条文作出贡献的美国人中，至少有以下几位值得特别一提。胡塞和凯德斯写下了序言，雄辩地倡议自由与和平；惠特尼将军是第 97 条的作者：“ 这部宪法向日本人民保证的基本人权是人们长期为自由而战的成果，它们经历了许多严苛的考验而获得恒久性，基于信赖而赋予现在和将来的人民，并保持永远不受侵犯。 ”

罗威尔和胡塞在日本人批评性的协助下起草了一章，第一次建立起了一套作为一个独立的政府部门，并有权确定法律和官方行为是否合宪的司法系统。比特 · 希洛塔、皮特 · K · 罗埃斯特和哈利 · 爱默森 · 威尔德斯组成了管理部的“ 公民权利委员会 ”，凯德斯在整个过程中为进步的人权观念提供了有力的支持，而比特 · 希洛塔给了他很重要的帮助。希洛塔是一个有欧洲背景的美国人，长期居住日本并熟悉日语，他坚持认为妇女的平等权利以及其他人权应写入宪法。在来自公众或私人日语材料的各种改革建议中，妇女权利的问题受到忽视，多亏比特 · 希洛塔游说凯德斯和其他的美国、日本起草者，才得以在妇女的法律地位方面展开一次革命。希洛塔还同约瑟夫 · 戈登一道在为 1946 年 3 月 4 日和 5 日的两次关键会议上协调日语和英语文本的语言上起了主要作用，而且还从其他国家的宪法中找出了一些参考资料。[38]

在他们深思熟虑的过程中，没有一个美国人利用了世界宪法宝库中的既有材料 ;但他们的确从东京帝国大学图书馆中借了一本 1939 年的各国宪法概要。[39]在起草活动中起了更重要作用的资源是对西方、特别是美国的政治、法律和思想的信念与记忆。

日本宪法中的个人权利

从许多方面来看，日本宪法的措辞都回应了美国宪政文献而不是日本的著述。例如，宪法序言宣称“ 我们应当为自己和子孙保护与所有国家和平共处的果实以及自由对整个国家的赐福 ”，第 13 条认可个人享有“ 生存、自由与追求幸福的权利 ”。[40]而对日本的公民权利与自由具有更大实践意义的则是：宪法否认了政府从属于天皇和军队[41]——也就是说否认将权力给予那些以前常打 着天皇的神秘招牌来统治日本的人们,——它还建立了具有宪法上的独立地位的政府司法部门，使之具有广泛的管辖权及司法审查权。法院及其运作情况在 1947 年以来的日本人权史上占有重要地位 ;但由于关注点过于狭窄而可能使法院的作用被夸大而其他机构和因素的作用被忽视。[42]

国会是“ 最高国家权力机关和……唯一的国家立法机关 ”（第 41 条）；假如它在这些年里对民主和宪政权利表示出敌视，前景就着实黯淡了。虽然国会在某些权利领域中开展的进步性立法活动与美国国会一样进行得很慢，并且因为公民权利与自由很少为其全神贯注之所在而不能尽如人意，日本议

会两院（众议院和参议院）在日本人关于权利和美国影响的谈论中并不总是占据主导地位。众议院的 512 个议员处在日本政治权力的核心地带，这一地带的内核是“ 行政权力之所属 ”的内阁（第 65 条）和首相职务。自由民主党自 1955 年末以来一直控制国会 ;反对党一直无法联合起来发动一场有效的挑战。

几十年来，执政党中的一些人曾想以一些在大多数宪法学家和多数人民看来有损于个人权利和反战主义的方式修改宪法。举例来说，他们想要改变一条独特的规定——要求日本不得以军事手段解决国际纠纷的第九条。美国近来向日本施加压力、要求它在东亚安全中扮演主要军事角色的作法是与日本本国的宪法原则相矛盾的，其恰当性也大可怀疑。第 9 条从国内政治及统治权中明确排除反民主的军国主义因素，这间接地捍卫了人权。除了几乎所有的宪法学家都反对改变宪法外，大多数提议者、普通公众、有组织的社团运动及庞大的传媒体系对宪法的不懈支持有效地阻止着修改宪法的企图。

第三章第 11 到第 40 条以及其他地方规定的人权范围是十分广泛的。这里我概述一下有代表性的日本宪法学家归纳出的主要权利类型，然后举例说明它们在占领期间及以后是怎样得到实施的。首先，宪法第 11 到 13 条和第 97 条一般性地提到了宪法保障“ 基本人权 ”之“ 永恒性和不受侵犯性 ”，这“ 应当通过人民的持续努力来维持 ”，“ 在不与公共福利相左的限度内，这是立法及其他政府事务中的至上考虑 ”。公民们被加以一种明确的义务：不滥用权利并且“ 为公共福利 ”而使用它们（第 12 条）。[43]司法界将公共福利界定为“ 公共秩序之维持及对个人基本人权之尊重 ”；[44]但法院在几十年作出限制性的和自由的裁定中已经赋予了这些词汇既带有抽象法理又有具体所指的含义。在过去 20 年中，法官们已经将视线从抽象而且概念化的法理上移开，它们是战前受欧洲影响的产物；他们转向注重准则的具体性，时而将目光投向过去和近来的美国司法决定。主要的具体权利群包括：[45]

法律面前的平等权

第 14 条禁止“ 基于种族、信仰、性别、社会地位或家庭出身的政治、经济或社会关系方面的歧视 ”，而且，除皇室之外，取缔了贵族及荣誉的世袭制。在国会议员的选举和候选资格方面也有相似的禁止性规定：第 44 条在不应考虑的表单上加上了“ 教育程度、财产或收入 ”。第 24 条认可了在所有事项上“ 丈夫和妻子有同等的权利 ”，并要求所有法律采取“ 个人尊严及性别之实质平等的立场 ”。这后一措辞成为民法典第 1、2 条规定的解释私法的主导原则。[46]

日本没有美国的那种对待黑人以及（特别在过去）小宗教派别和种族团体的广泛而深入的社会经济歧视格局 ;但在它的同第 14 条平等要求有关的记录上却也是污迹斑斑。从人权的视角来看，妇女的状况自 1945 年以来有了很大改善。妇女们在婚姻、财产、继承、教育、选举与被选举担任公职、表达自由及雇佣机会等方面享有的权利已有实质性的扩展。1985 年的《平等雇佣机会法》增加了职业女性的择业机会。在同样的学历条件下，妇女的基础薪金正日趋接近于男子（已达到约 95%）；但与美国一样，在晋升机会上存在着性别歧视。不过，日本妇女作为妻子、母亲和家政管理者而享有威望和社会权力。她们当中只有相当少的人积极谋求公职或管理职位。

尽管日本法律认可合法之不平等对待的地方极少，一些人数相当少的少数人群落还是时常遭遇严酷程度不等的社会歧视问题：贱民（dowa burakumin，人数在 150 万到 300 万之间，是依其出身来划分），即源自先古被征服“ 贱民 ”的日本人 ;由殖民和战时政策而出现在日本的朝鲜人(67 万)；中国人（5 万）；冲绳岛人（约有 100 万）；阿伊努人，主要居住在北方的大岛北海道上的人数只有几千的原始高加索人；原子弹受害人（hibakusha）和他们的孩子，他们令人害怕的遗传隐患使其无法找到理想的配偶；无父和私生子，是日本妇女与外国人、主要是美国军人的孩子；数千越南难民；以及受歧视程度稍轻的少量居住在那里的外国人口。

经济自由与财产权利

见于第 22 至 29 条。日本人有选择职业和合法拥有并使用财产的权利，这得符合“ 公共福利 ”。第 30 条规定了纳税义务。在法律和事实上，日本似乎是一个务实的资本主义福利国家，认可但不夸大财产权利。[47]

同社会—经济生活质量有关的权利

根据第 25 条，所有人都有“ 维持最低水准之健康与文明生活 ” 的权利——在某些情况下这可以提交法庭审理，国家有义务提供“ 社会福利和安全保障 ”；低廉的医疗保健也由国家确保。[48]接受自由义务教育的权利由父母或监护人照看这种权利之行使的义务来加以支持（第 26 条）。所有的人都有在法律规定的合理的“ 工资、劳动时间、休息及其它工作条件 ” 标准下“ 工作的权利和义务 ”，剥削儿童的劳动受到禁止（第 27 条）。工会被赋予了一种尚无先例的特性：支持工人“ 组织起来、谈判及采取集体行动 ” 的权利 (第 28 条）；新设立了劳动省来提供支持性的照管。（同上，pp.23-27）

参与政治选举的权利

第 15 条主要规定了人民的“ 选举公职人员及撤免他们的不可让渡之权利 ” 以及官员作为人民公仆的性质，而不像在战前的日本他们曾是人民的主人；它还建立了普遍的成人选举权和投票保密原则，并使选民“ 对其所作之选择有权不受公开或私下的盘问 ” 成为一件宪法事项。上面已经提到，第 44 条禁止在国会候选资格及选举事务中存在歧视。这些权利已经得到实施并比较踏实和有效地受到尊重；但在任命不当、禁止挨户拉票及对所有公务雇员之相关权利的严格限制等方面还存在引人注目的宪法性问题（同上，pp.34-41）。

程序性权利

在第 31 条到第 40 条中提供了一整套这种权利，其中第 31 条奠定了基调：“ 非经法律设立的程序，任何人都不被剥夺生命或自由，也不能被施以其他刑罚。 ” [49] “ 除非作为对犯罪的惩罚，非自愿的苦役受到禁止 ” （第 18 条）。日本人有权打官司、聘律师、得到快速而公开的审判及以公费“ 按

强制程序得到证人”。刑讯和其他酷罚是“绝对禁止”的。关于死刑的严肃讨论到 1985 年中尚未展 开，这种刑罚在一年中只施行几次。逮捕、搜查和没收都必须出示依法签发的证明。在被羁押一段时间后宣布无罪开释的情况下，当事人可以对国家提起诉讼以依法求得赔偿（第 40 条），对任何公务员的不法行为也可以起诉要求损害赔偿（第 17 条）。不得强迫任何人提出不利于自己的证据；被胁迫作出的供述不被视为证据，仅凭口供也不足以定罪。除了少数例外，日本的程序公正与相当宽大的刑狱制度方面的纪录是极佳的，这应当感谢高度职业化的法官、检察官和警官组合。[50]存在的主要问题是律师在逮捕后的一段时期同疑犯的接触程度（在此期间，长时间的讯问往往诱迫出口供）以及检察官的准司法裁量权（他们处理大部分案件时很少与法院或律师相互商量）。

精神上的权利和自由（seishinteki juyuken）

第 16 条、第 19 条到第 23 条描绘了这些权利。对于一个刚刚蒙受战争灾难的封闭、专制、极端民族主义和军国主义的社会来说，这些条款及随之而来的法律、制度改革引起了一种自由、开放与宽容的急剧增长，这一建设性的后果改变了日本所有人权的背景，从而开始了打开封闭社会的漫长历程。这一类别的权利同程序性权利一起受到日本学术界的极大关注。不幸的是，日本学者普遍忽视了其他种类的“人权”。不过，我要指出：对表达自由的宪法性保护是任何国家宪政民主制度之健康性的最必要标准。[51]在日本，“集会、结社及言论、出版与其它形式的表达之自由受到保障……审查制度不应存续”（第 21 条）。第三章还列出了和平请愿权（第 16 条）、思想与良心自由（第 19 条）、宗教自由（第 20 条）和职业学术活动自由（第 23 条，这是第一例此类条款）。受到保障的还有选择职业及居所的自由——只要不“妨碍公共福利”、出国及放弃国籍的权利（第 22 条）。

作为对早先“神道国”下不宽容的反应，第 20 条强调了不受国家强制参加宗教活动的自由，并禁止某个“宗教组织”获得“特权”或行使“任何政治权力”。第 89 条可能更多地反映了美国而不是日本或欧洲传统对“教会与国家”的独特看法，它规定不得以公款和公物支持“任何宗教机构或社团”，“或从事任何不受公共权力支配的慈善、教育或公益事业”。一种更宽泛的解释受到日本人的广泛支持；他们的政府也支持私人性的与宗教有关的教育机构。与西方观念迥异的是，在战前和今天的日本，许多赞成把国家神道设定为法定传统的人都否认神道是宪法所指意义上的“宗教”；[52]人们对之享有自由的宗教仅指信仰体系而不是指国家神道。

司法系统的角色

关于司法机关的第六章与宪法第三章一样恐怕是宪法权利的关键所在。[53]在裁定个案中的司法独立是日本法官界自十九世纪末叶以来的光荣传统，但直到 1947 年它才与广泛的权力融合到一起。在宪法起草过程中交换意见时,是日本人而不是美国人更坚决地主张赋予法院充分的司法审查权,[54]就像在美国宪法中那样。最高法院也为日本的整个法院系统制定了规程，并负责管理之。该法院由 15 名大法官组成，除在个别案件中外，他们分作三个

小法庭（shohotei），每庭各 5 人。[55]这些法官由内阁从首席法官提交的名单中选任，首席法官的意向得到最大尊重。大法官的退休年龄为 70 岁，其他法官则为 65 岁。

目前日本有 8 所高等法院与 6 所分院、50 所地方法院与 242 所分院，还有许多家庭法院以及处理轻微案件的 575 所简易法院。为 1.2 亿日本人民断案的法官，实际人数只有 1600 位，许多都是超负荷工作。自二十世纪四十年代后期开始，事实上所有的新进法官、检察官和律师都得接受最高法院司法研修所的统一培训，这是仿照德国培训候补官（Referndar）的体制而设立的，十分类似美国法学院的研究生层次教育。[56]每年在大约三万名参加国家法律考试的人当中，有 500 人左右获得通过。日本的大部分法律教育是本科层次的，在许多大学的“法律系”中进行；在那里，学生们熟悉了法典和主要的法律，对进大学前学过的宪法权利有了进一步的认识。法律职业者熟悉案例分析技术，这是美国影响的结果，但在使用这种技术时则揉进了大陆法、普通法和日本传统三种因素。日本最高法院的一些主要裁定有英译本可资利用，对人权领域内的其他大量案件之评论也突破了日、英两种文字间难以逾越的障碍。[57]下级法院也享有司法审查权，许多日本人和外国观察家认为它们在宪法权利问题的裁决上一般来说比最高法院更为自由。到本世纪八十年代，尽管日本社会的异常封闭性所带来的一些问题仍然存在，但日本个人权利与自由的总体法律状态在世界政治体系中的确应属上乘。日本司法机关现在理应被算在最能干及具有最重要的社会政治作用者之列。

占领当局为推行宪法所做的工作

一旦宪法成为法律之后，许多美国人对于通过日本法律和其它措施来实现宪法的意图都有所贡献；其中最重要的恐怕要算阿尔弗雷德·奥普勒了。奥普勒于 1946 年 2 月 23 日从美国来到盟军总部，带着一份关于德国宪法性法律的专业报告，这对盟军总部来说是急需而正好缺乏的。这位从纳粹魔爪下逃出的难民、前法官还带来了对人权的深深向往，这便利了他的工作，即在制定和修订与新宪法相一致的法律中作为盟军总部的普通法专家与日本的大陆法专家之间的一座桥梁。

当时，日本政府及其美国监督者不得不制定的法律，单就数量与复杂性而言，也是惊人的。[58]奥普勒成了管理部的法院与法律处的负责人，他有两个能干的助手：来自俄克拉荷马的托马斯·布赖克莫尔（美国现在的日本法高级专家）以及科特·斯坦勒（现在的斯坦福大学政治学荣誉教授）。奥普勒和他的同事们清楚地领会了自己的特殊使命：[59]“我们在同日本法律界的密切合作中带来的变化不是对盎格鲁撒克逊法理的盲目抄袭，而是努力将大陆法和英美法中的最好方面结合到一起的成果。”

日本民权联盟的建立是对新宪法权利的一项支持。1947 年，麦克阿瑟将军将美国民权联盟的罗格·巴尔德温请到日本，同奥普勒、布赖克莫尔、斯坦勒一道，加上他指派的日本律师，如海野普吉，于 1947 年 11 月 23 日宣告了联盟的成立。[60]

在占领期的末段，美国影响在其它方面表现得日益显著。例如，1950 年，在查理斯·凯德斯（那时在纽约）的帮助下，奥普勒带着包括首席大法官田中耕太郎在内的五名最高法院大法官来到美国，在七周时间中向他们介绍了

美国的司法方式。此后，与美国同行的交流继续影响着日本法官和其他法律职业者的权利观念；人们可能期盼：美国人会发现日本的经验同他们自己对人权问题的理解密切相关，这种情况现在并不常见，但正在增多。

美国宪政对日本人权产生影响的背景是不断变化的。抵消占领期间大规模干涉事例（已概述如上）的是日本人与美国人在依循宪法来修订法律的过程中进行合作性交流的例子。在这种行动中，有时两方都无法预见一种新的法律或一项新的制度会朝哪个方向发展。一个典型的例子就是公民自由局和公民自由委员制的演化。1947 年，阿尔弗雷德·奥普勒在一次与新上任的法务大臣铃木义男进行的会晤中，提到美国司法部长办公室最近建立了一个公民自由处；铃木“热情地采纳了这一概念，并在他的部里组建了这样一个局。”[61]当时成立日本公民自由局的灵感来自美国司法部刑事司公民权利处，该机构现已演变为民权司。在日本，这个局于 1948 年 2 月开始运作，但其首脑们很快就发现以它的资源不足以维护和促进人权；这样，一种非专职的“公民自由委员”（按日文直译应为“人权保护者”）体制便建立起来了，它最先是通过 1948 年的内阁法令，随后又通过重要的 1949 年《公民自由委员法》确立的。[62]

无论是这个局还是这种委员都没有任何治安权或公诉权；但是，比如在 1985 年一年，就有大约 11500 名经仔细筛选而不领薪俸的非专职委员，在普通民众中处理了成千上万件公民诉怨和成百上千件人权方面的咨询；他们还同学校和社区联手开展人权教育项目。[63]通过将重点放在调解措施、引导和提供所需信息上，问题得到迅捷、便宜和令人信服的解决。在很大程度上，沿用至今的那些选择这些社区志愿服务者的有效程序，是在占领期中同柯特·斯坦勒密切商讨下发展起来的。

仍在继续的美国影响

在日本，占领期给那些影响宪法权利的美国、日本和欧洲的观念及制度带来了极大的合法性。共产主义在中国的胜利（1949）、冷战和朝鲜战争使民主热情在此后的岁月中冷却了。日本现在是一个非西方化的城市化工业民主社会，它在继续将本土的、英美的和欧洲大陆的成分能动地混熔为一种独特的宪政文化。在 1952 年获得独立以来的几十年中，美国影响仍清晰可辨。日本的学者、法官、检察官、律师和学生在提出关于如何最好地解决日本问题的意见时，仍饶有兴味地关注着美国的民权与自由观点，时常发现它们对解决问题非常有用。日本的法律学术著作中充斥着对美国司法及学术作品的参考、引用；美国仍然是日本最主要的外来宪法思想源泉。除了这种在日本国内发生的影响之外，许多日本法律职业者还到美国学习一学期或更长时间的法律。还有一些人只在美国逗留几天或几周，但影响并不和逗留时间成正比。比如说，入江俊郎大法官（他是日本最高法院任职时间最长的大法官）同菲利克斯·弗兰克福特大法官进行过几次讨论，他在 1970 年评论那段短暂时光时，认为这深深地影响了自己对程序性权利于民主之重要性的理解。[64]

精通宪法和美国法的日本专家的影响从另一方面确保了来自美国的权利观念之制度化。宪法调查会（kempo chosaki）在 1957 年到 1964 年期间的商讨活动就是由高柳贤三[65]这位英美法权威学者领导的。高柳教授在既有学术思想又有政治头脑的调查会委员中主持了一项长达六年的对宪法各个方面

的综合考查，在全国范围内听取了公众意见，并向国外求教。执政党建立这个调查团的动机是为修改宪法奠定政治基础，可能还暗示着想作出不利于公民法律权利的举动；[66]但由于多种原因，这个意见分裂的调查团提出的总结报告中没有建议对宪法进行修正。原因之一是在关于 1960 年“ 安全协定 ”危机的史无前例的示威中公众对共识性民主的肯定。示威者抗议仅依赖国会多数票就批准一项涉及国家安全这样根本问题的协定，认为这种作法“ 不民主 ”，认为这种事情起码应展开讨论以获得人民普遍的同意。另一个原因是高柳和他的同事及支持者们巧妙安排了调查会事务，他们指出修宪的紧迫必要性尚不存在，公众似乎对宪法很觉满意，并认为在任何情况下司法解释都是提练宪法精义的最佳且又自然的途径。直到写作本文之时，还没有出现进行第一次修正宪法的苗头，自民党的新一代领导人似乎并不像他们的前辈那样热衷于修改宪法。

在成立后的二十多年时间里，日美法律研修协会已成为日美两国法学家、律师、法官和检察官们相互学习彼此法律的引人注目的跨国界、跨文化、跨法系桥梁。（这个学会的学术活动场所是东京大学法律系和西雅图华盛顿大学亚洲法律项目组。）其中有影响的日本会员中有许多是最高法院大法官（如伊藤正己和服部高显）；该协会日本分会出版《美国法》刊物，而其美国分会则出版《日本法》。[67]还有，有成就的美国宪法专家被请到法庭上作专家证人。东京地方法院在 1964 年所作的不利于三岛由纪夫的小说《婚宴之后》的裁决首次在日本法律中建立了个人私生活信息之宪法隐私权；现在成为最高法院大法官的伊藤正己教授当时所作的专家证言起了十分重要的作用。[68]还有芦部信喜教授为“ 限制较少的作法 ”学说作了令人信服的证言，有力支持了下级法院关于赞成公共雇员下班后之言论自由的判例。[69]最终的结果并不一定能显示出日本法院考虑了美国的法律推理模式；没有理由认为这是理所当然的。当日本人试图提出自己关于国内问题的主张时，由于他们参考其他国家的宪法与人权经验的做法，这就使他们把自己托付给所有开明民主国家的法官。

最后，一些美国和日本的法学家还进行了重要的合作研究，而且我们中的一些人在独自从事学术活动时，也经常性地依赖于彼此的信息、批评以及对各自的制度的更新、更精确的观点。

就美国与日本宪法权利思想在占领以来的、互相之间不断的、富有成果的影响而言，日本、美国法学教授之间的互敬和友情这一基础可能比形式上的合作或司法机关对美国法律方式的利用更为重要。可望持续存在的对话预示着两国法律在商谈和论战中彼此有效的理解。人们可以期待有一天美国学者和法官们在解决推进美国人权所遇到的问题时，会从日本寻觅富有启发性的见识。

朝鲜

前面提到，朝鲜在十九世纪末已沦于美国、日本及欧洲帝国主义的统治之下，关于法律和宪法权利的新观念也接踵而至。引发 1894—1895 年中日甲午战争的东学教农民起义是近代朝鲜社会紧张关系的早期征兆，它不只是要求国王容忍倡导信布归宗的东学教宗教运动，还要求驱逐外国人及其思想。[70]得到自己的亚洲殖民地——菲律宾的美国，默许了朝鲜于 1905 年日俄战

争后沦为日本的保护国并于 1910 年被日本吞并。[71]其他政府的直接影响消失了，朝鲜的法律、经济和教育体制为着日本的剥削目的而发展。对这一古老国度的人民犯下的更大罪恶是日本试图抑制朝鲜文明并将朝鲜人民塑造为明治宪法下的天皇的忠诚子民。日本自己对欧洲大陆法律与国家理论的创造性适用被强行印入朝鲜的法律意识之中，这种情况 1945 年才结束。[72]

独立运动与美国

朝鲜独立运动时而将民族主义的先入之见同美国的宪政和基督教思想结合到一起。例如，基督教政治领袖如徐载弼和李承晚都在美国受过教育，而在朝鲜国内，从十九世纪末期开始便出现了许多美国人建立的教学、公共卫生设施和学校。朝鲜学生像现在一样到美国留学。许多这样的朝鲜人和美国人即是传播民主思想及西方宗教和教育思想的主要渠道。[73]

伍德罗·威尔逊在第一次世界大战后号召所有的民族实行民族自决，这一声音在朝鲜同在其他受奴役的非西方地域一样找到了饥渴的听众。朝鲜人所作出的反应就是借最后一位朝鲜国王的葬礼之机发起的引人注目的 1919 年“三·一运动”。只有朝鲜的各宗教有必需的非殖民者控制的全国性组织网，所以这第一场有广泛基础的近代政治运动就借助于天道教（东学教的近代翻版）、佛教团体和基督教会（其中许多是受美国影响的，尤其是长老会和卫理公会教派）的联盟。[74]“三·一运动”留在了朝鲜人民的心中，每年都要举行纪念活动，它是“他们民族政治的基石，是他们历史上少有的几次为人们所分享和贴切感受的光荣事件之一。因为他们第一次在一种信念下联合起来，而未被追逐权力的斗争所分裂。”[75]精心策划的要求独立的徒手示威活动在全国范围开展起来。一份使人回想起美国《独立宣言》的要求自由和平等的独立宣言由 32 位具有不同社会背景的民族主义者签名,并首先在一个汉城公园中宣读。它用雄辩的朝鲜文写道（这是翻译一部分）：

> 我们在此宣布朝鲜的独立和朝鲜人民的自由，并以此告于世界各国，而克明人类平等之大义；我们把它传给后代，作为他们与生俱来的权利……
>
> 一个新的时代在我们眼前苏醒，暴力的旧世界已成过去，真善的新世界呈现在这里……
>
> 这是一个百废重兴的日子，我们乘势前行，不再犹疑恐惧。我们期待在自由和追求幸福的道路上能得到充分的满足，也渴望能有一个机会为人民的荣耀而尽展所长。[76]

大批群众集结成上百个示威队伍和平地穿梭在小镇和城市的大街小巷，高呼“Tongnip Manse”（独立万岁）。这里有必要提一下美国民主宗教思想在朝鲜“三·一运动”中的位置，因为这可以解释为什么今天韩国的基督教会（包括新教和天主教）在民主社会反对派政治中具有独特的合法性。人权、基督教义和真正的民族主义是长期并肩作战的盟友。

在 1919 年，终将实现独立的期盼并不会随民族的尊严、自豪和希望而来。一个以李承晚为首的临时政府在上海组成并一直处于四处飘泊的流亡状态，直到 1945 年朝鲜解放。但有效率的日本人很容易地就在朝鲜境内将反对势力镇压下去了；民族主义的事业几乎没有引起外国人的关注和支持，且被重重挫折和宗派主义搞糟了。朝鲜人对独立的企盼未能得到满足，直到 1945

年 8 月日本被美国打败。1943 年 12 月 1 日，美国、中国和英国联合发布《开罗宣言》，表达了它们的决心：“ 在恰当时机，朝鲜将变得自由和独立 ”；[77]这一政策立场于 1945 年 7 月在《波茨坦公告》中得到重申。但是，在夏季的稍后日子里，朝鲜的未来被置入一个悲剧性的进程中，当时，按照美国的提议，美国和苏联“ 暂时 ”以“ 三八线 ”为界将朝鲜分为两部分，由两国分别接管那里的日军投降事务，而美国人接着便毫无准备地来到朝鲜南部。[78]在对朝鲜历史及政治文化的无知状态中，面对着朝鲜人的惊慌失措，美国人及其盟友在朝鲜独立前承担了数年的托管任务。

美国占领期：1945-1948 年

少数以严肃态度支持朝鲜自主的美国人也倾向于认为：一旦获得解放，朝鲜会接受民主、自由和平等作为宪法性基础；而实际上朝鲜面临的主要问题是民族的自由与平等，而不是作为个体的朝鲜人在法律面前的自由和平等。自 1945 年以来，美国和欧洲的民主观念的确已成为南朝鲜宪法思想和政治中的重要因素。但在混乱的战后初期，政治舞台上充斥着各种各样的集团和意识形态，到处是为取得政治优势或复仇而产生的暴力事件，国家陷入分裂造成的严重不安，日本人回家引起了管理上的真空。日本的殖民统治使许多朝鲜人对民主价值和个人权利十分敏感；而独立运动只是使人民团结起来反对外来者对个人权利的侵犯，而不反对朝鲜人的侵犯。朝鲜历史上从未有过民主政府。有些朝鲜人参加过日本的宪兵镇压和专制管理活动；虽然本国人民对他们极不信任，但他们的管理方式还是占主导地位。当我们简略地审视美国军事占领和朝鲜走向稳定政局的缓慢、痛苦道路时，不要忘记在二十世纪五十年代中期朝鲜战争爆发之前为止已有大约 10 万朝鲜人死于内乱。[79]

由于朝鲜人和美国人双方的原因，朝鲜解放后美军占领下宪政权利建设的情况比在征服以后的日本要糟得多。陆军中将约翰 ·R · 霍治到达南朝鲜后于 1945 年 9 月 8 日下达了下列任务：

1）接受日本人投降，解除日本武装力量的武装，强制执行投降条件，将日本帝国主义赶出朝鲜；

2）维持秩序，遵循民主原则建立一个有效的政府并重建一个健全的经济作为朝鲜独立之基础；

3）训练朝鲜人处理他们自己的事务并为使朝鲜作为一个自由和独立的国家实现自治作好准备。[80]

就一般意义而言，这种对朝鲜建立有效民主政府的支持自那以后就成为美国政策中的一个关键因素，但必须强调的是美国的影响一直有限。[81]

霍治将军和他的同僚们在训练和经验上对解放后纷纭复杂的朝鲜局势没有作好准备。去朝鲜被看作一件苦差事，军官们轮流进出朝鲜为的是尽快得到职位上的晋升，这就使占领期的主要权力机构失去了内在连续性。与在日本的麦克阿瑟一样，我们也不应夸大个人，即霍治将军在这里的重要性。同占领日本相比，美国 1945—1948 年间对朝鲜的占领缺少了很多东西：知识；预先策划；令人满意的权力机构；信息灵通、富有才干的人员及其他资源；有能力执行民主化指令的当地既存政府；顺从的人民；已经相当发达的当地法律体系；以及在法律和政府方面推行重大改革所必备的政治稳定。[82]此

外，在判断朝鲜政治团体和领袖哪些是暴发户以及哪些能赢得正统性和广泛的支持上，犯了严重的错误。

USAMGIK（美国在韩军政府）直接通过法令来管理韩国，但大多数法律和大多数管理、执行人员都是日本政权留用人员。曾经有数十年，政权机关中只有日本人。但在日本统治的最后岁月中，朝鲜警察的人数与日本警察人数成比例增加，但朝鲜人还是只占巡警人数的五分之一和警官人数的十分之一。到 1945 年，在所有政府机构中供职的受过训练的朝鲜人中共有一万名左右的民警和军警，朝鲜人民把他们看作是可恶的日本走狗，而不认为他们是在为民族的民主利益而工作。尽管如此，USAMGIK 还是倚重于这些警察来提供政治情报和行动。司法系统同样面临着当地法律职业者稀缺的问题，这也使得要发展出一种人权保护、司法独立或司法审查的一贯传统显得十分困难。“在 1945 年的南部朝鲜，120 名检察官中只有 8 人、235 名法官中只有 46 人、有资格的律师中只有约 195 人是朝鲜人。律师中还只有一人受的是非日本教育。”[83]那时候，没有一个精通朝鲜法的西方专家，与日本国内的情况相反，USAMGIK 中也从未有过一个精通日本法的美国专家来此服务。

USAMGIK 充当了三年的南朝鲜政府，其间共颁布了大约 211 个立法性命令和一些官方意见；但它是在这样一个前提下运作的：进行民主化法律改革的自由与义务取决于朝鲜人自己。（朝鲜毕竟是一个解放了的盟友，而不是一个像日本那样的被征服的敌国。）1945 年 11 月 2 日的 USAMGIK 第 20 号法令宣布继续保持现代日本法律体系在朝鲜的效力，“直至有胜任的权力机关来废除它”。[84]虽然有一些压迫性的日本法律被废除了（如被 1945 年 10 月 9 日第 11 号令所废除者），到 1948 年 8 月大韩民国成立时，其成文法中还是有 95%甚或更多是日本人留下来的。[85]设立《人身保护法》和其它权利的努力“太微小了，并缺乏管理”，以致难有成效，[86]但正如我们后面将会提到的那样，1948 年 4 月 4 日签发的《关于韩国人民权利的法令》对宪法思想和条款产生过影响。而且，还有修订后的《刑事诉讼法典》（1948 年 3 月 20 日）引入了美国的程序正义概念。USAMGIK 为男女平等所作的努力还包括在 1948 年 5 月全国大选前使妇女得到了选举权。[87]

1947 年，旨在使统一的朝鲜走向独立的美苏共同托管因冷战的开始而失败。[88]美国将朝鲜问题提交到联合国，1948 年 5 月 10 日，南朝鲜在一个联合国临时委员会的监督下举行了为独立作准备的国民大会选举。[89]一部自由色彩很浓的民主宪法于 1948 年 7 月 17 日生效。在朝鲜半岛北部，朝鲜人民民主共和国也于 1948 年在久经考验的领导人金日成的领导下宣布成立。到 1949 年，美国和苏联撤回了它们的驻军。USAMGIK 的影响及其在人权方面的成就是有限但却重要的。1945 年的朝鲜“解放”开辟了史无前例的美国官方和私人介入朝鲜事务的新纪元，随着 1950—1953 年的三年朝鲜战争，这种介入强化了，成为一种长期的责任。

两国相依与人权

美国对韩国人权的影响是在一个非比寻常的相互依赖的公、私关系框架中发生的，与美国同日本和欧洲的关系相比，这种关系更近似于美国同菲律宾之间的关系。在集中论述美国对韩国六部宪法的影响之前，先得对这种特殊关系略作介绍。与早先四十年间美国官方和公众对韩国人权问题漠不关心

的情况相反，近四十年来连续数届韩国政府都一直受到来自美国的要求尊重人权的官方和私人压力。如果不光从公开宣布的政策中来看，我们会发现美国和韩国的行为模式都是前后不一致的。

当人权和民主程序受到韩国领导人的忽视时，他们的解说无非是所谓的国家安全之急需、发展的负担和/或宪政民主与韩国政治文化之间的不和谐。当美国政府默认韩国的侵犯人权或者只是私下提出异议时，它们实际上是站在同样的立场上，或明或暗地依赖于韩国官方对何为国家安全所需的判断。这种困境有时在韩国民主独立的美国维护者那里表现得十分真切。另一方面，韩国人以及美国和韩国政府的其他一些批评者指出（有时很有说服力）：南朝鲜的稳定和安全不仅依靠强大的军事力量，更不可分离地有赖于对人权的尊重，而调查报告和其他证据显示出民众并非逆来顺受，而是韩国人民有尖锐的政治意识、冲动以及民主价值的偏好。

自 1953 年以来,韩国的法律和政策在保护和促进人权方面并未取得显著成效。[90]从某种意义上说，法律仍然起着它在殖民时期所充当的专制秩序维护者的作用。它允许一些言论自由存在，但不许对重新统一或共产主义作过多的评论，也不许过多地批评政府（《反共产主义法》）。虽然工会和工资受到控制，韩国人的社会经济生活总体水平和参政权自二十世纪六十年代以来还是有了显著改善。

美国对韩国人权的政策一直在波动，一方面是明显的漠不关心，而另一方面是犹疑不决地批评最令人发指的暴行（特别是酷刑）与附条件地为可敬的人权待遇和民主程序提供帮助。自 1945 年以来，宗教因素与学术和其他美国能动力量混合起来一同对韩国的民主和人权产生着影响。不论明智和恰当与否，以个人身份活动的美国批评家已经同韩国反对派政治家、知识分子、宗教和文艺界领袖以及学生联合起来，用相当强硬的手段要求政府遵守合理的人权准则。几十年以来，韩国公民对美国官方和私人以人权之名施加压力的作法并没有普遍表示出民族主义的不满，而是要求美国政府对韩国领导人施加更大的压力以使他们停止侵犯人权。[91]韩国政府对美国压力的反应就是一概保持缄默。

美国对南朝鲜宪法权利的影响往往是间接的、消极的，以经济关系并主要是以政治或政府行为为基础的。在韩国的制定法和宪法起草者们看来，美国的法律起草者比起日本和欧洲民法法系民主国家的法律起草人来显得不那么专业化。[92]举例来说，1953 年制定的四部劳动法（从未付诸实施）就从日本法中借用了许多东西，而日本法又是在美国占领当局的指导下制定出来的。[93]

美国和韩国的教育影响着韩国人对美国宪政的看法。在韩国，不管当前的政府对或为人权做了些什么，青年人还是从教育中学到了关于民主权利的知识。在美国人和韩国人通过社会和经济使团的许多交往中，[94]共享的民主价值观念已成为双边交流的一部分。[95]美国亚洲基金会通过帮助建立韩国法律中心（汉城）和高丽大学亚洲研究中心为韩国的教育、研究和服务业作出了贡献。[96]韩国的许多教授和行政人员都在美国受过高等教育。（从美国获得经济学博士学位的工作人员在韩国比在美国政府中还多。）不过，在美国受过教育的韩国商人和技术官僚却与法律职业者正好相反，人们不能指望他们为人权作些什么，尽管在合理地追求稳定繁荣与反对酷刑和新闻控制或是支持最低工资之间并没有必然的冲突。人数众多的居住在美国的韩裔

学者同韩国保持着有影响的联系，并在国外呼吁美国支持韩国人权。激进的朝鲜和美国宗教领袖如今仍像 1919 年“三·一运动”时那样以基督教民主民族主义者的形象在人权方面起着特殊的作用。[97]

一些美国人在表现出可敬的人道关怀的同时，在对与美国具有不同意识形态、文化相似性较小或在美国的对外政策中不占重要地位的小国的人权评论和政策往往显示出一种居高临下和前后矛盾的态度。有时，美国公开的强硬行动在一些国家加重而不是减轻了人民的苦难。美国对域外人权施加影响的最好途径是这样一种政策：对酷刑和其他粗暴践踏人权的行径表现出一贯的、明显的不能容忍，对不那么恶劣的失误和滥用权力也提出相应的抗议，仔细留心案件的细节并有意识地避免对不同国家采用不同标准。对于一个民主国家来说，它是采用总统制还是议会制、选择联邦制还是单一制、依循普通法还是民法传统都是无关紧要的。美国对韩国人权的影响方式不是像在日本那样在军事占领期间制造一些制度和法律，而是张扬普适主义的宪政理想、分权制和司法审查制度。

人权、总统制与司法审查

在其动荡不宁的解放后历史上，韩国已有过六部宪法，分别颁布于 1948、1960、1962、1972、1980 和 1987 年。[98]统治层与反对者之间达成妥协的能力已萎缩，军队拒绝服从民主文官政府的管理，受儒家思想熏陶的当权者拒绝分享或放弃政治权力，这些悲剧性的体制弊端与有影响力的韩国人对宪政民主的普遍热爱以及同期有组织的反专制斗争并存。

六部韩国宪法受美国影响的程度、性质和清晰度都有所不同；有关起草过程的资料在韩国和美国都很有限。[99]不过韩国宪政思想中有三种基调明显地打上了美国印记：对公民权利和自由的重视；直接选举产生的总统；以及有司法审查权的独立的法院。下面我就这三个主题简短地考察一下过去的四十年。

1945 年之前韩国在民主自治和法律下的个人权利方面毫无经验。从 1948 年宪法的韩国起草者们熟悉法律和宪法的情况的程度来看，他们可能更了解战前日本和欧洲的而不是美国的法律。[100]这部宪法的第一作者是权威学者俞镇午教授；他把 1919 年魏玛宪法中的社会经济权利引入韩国，同时也从一项有长远意义的 USAMGIK 法令那里受到美国人权观念的一定影响：

> 美国军事占领当局对韩国民权所作的最有意义的事恐怕就是霍治将军于 1948 年 4 月 7 日签发的“韩国人民权利令”了。该法令由十二项条文组成，其内容包括保障宗教自由、集会和结社自由、表达和出版自由、请律师的权利、受迅速而公正之审判的权利以及受平等法律保护的权利。它还禁止酷刑及未经正当法律程序而剥夺自由和财产。这些宝贵的原则显然都出自美国宪法之基本原理。[101]

这项法令和其他一些法令第一次使美国人权观念具有了法律上的权威性；但美国在起草过程中的政策是：在没有受到咨问的情况下不主动提出建议。显然，韩国人既没有参考 USAMGIK 的“伍代尔草案”，也没有请教像恩斯特·弗莱恩克尔这样的熟悉欧洲宪法的法律专家。[102]1948 年，韩国第一任总统李承晚博士根据起草委员会的提议负责选择了强有力的总统制（认为它优于议会制）和有司法审查权的最高法院。大韩民国 1948 年宪法规定：

总统由一院制立法机构中三分之二多数选举产生；最高法院由总统任命的法官组成，享有有限的管辖权；国家对重要的企业和资源进行控制；并列出了范围广泛的个人权利。

不幸的是，李博士的统治滑向了专制主义，他本人在 1960 年的贿选之后被得到军队响应的学生示威活动赶出了韩国，陷入流亡境地。[103]随后，在短命的第二共和国时期（1960—1961），韩国经历了唯一的一次议会内阁制，首相是张勉。1961 年的军事政变之后，先是将军后来成为民主共和党领袖的朴正熙成了韩国的统治者，直到 1979 年 10 月遇刺。与李一样，朴也修改了宪法，以增加和扩展自己的权力；不过，第三共和国时期（1962—1972）又是韩国司法审查制发展史上的关键时期。[104]

在起草 1962 年宪法的过程中，韩国的“宪法学、行政法学和政治学教授起到了决定性的作用”。[105]起草者们同意采用总统制，但在如何最好地使合宪性审查制度化的问题上有分歧。有些人主张建立一个像西德联邦宪法法院那样的专门裁判机构。最后，司法审查权还是落到了普通法院头上。与美国宪法的情况一样，最高法院是政府的宪法部门，而其他下级法院则依据一般法律建立。第 102 条规定：“当一个待决案件中出现一部成文法是否违宪的问题时，应当由最高法院作最后决定”。[106]

二十世纪六十年代后期，审判和上诉法院认定了几部成文法无效；但有一些对法律提出的质疑被最高法院置之不理，如针对允许判处发表评论、鼓励或同情反国家集团之言论者七年以上监禁的《反共产主义法》第 4 条第(1)款提出的挑战。[107]只有一次（1971 年 6 月 22 日），韩国最高法院判定制定法违宪，[108]但这个里程碑式的判例对许多支持以司法审查来保护人权的人来说显得太高不可攀了。有两部法律的条文被判无效：一是《司法组织法》第 59 条第(1)款的 1970 年 7 月修订本，11∶5 多数支持裁定；再就是 1967 年《政府侵权责任法》第 2 条第(1)款，以 9∶7 多数通过判决。政府和执政党专门设计了《司法组织法》第 59 条第(1)款，以此来确保通过上诉推翻有关责任法的汉城高等法院判决[109]：“最高法院若要判定一项制定法无效，必须有三分之二的大法官在场，而在场的法官中又必须有三分之二表示同意。”[110]最高法院认为这种多数规则的例外违反了分权原则并只能由宪法本身来规定。《政府侵权责任法》第 2 条第一款限制了武装力量雇员过失或有意地伤害或致死他人所应负的责任，法院认为这违背了宪法的同等保护条款。律师和学术界颂扬这两项判决开辟了使人权免遭政府践踏的有力司法保护的新纪元，而政府则对法院表示谴责。

最高法院在 1971 年的活动，不久之后新民主党的金大中在 1971 年总统选举中的险些获胜，这两者成为 1972 年宪法修订的一个主要因素。根据这部“复苏宪法”，朴正熙被赋予了独裁权并获得了多次重复六年任期的可能性；法院失去了合宪性审查权，一个不起作用的宪法委员会接掌了这种权力。随着韩国人权与民主的潮起潮落，政治魅力非凡的金大中从 1971 年到 1987 年多次因很成问题的指控而一直被监禁。[111]

朴正熙去世之后，又经历了短时期的希望高涨，便发生了另一次政变，第五共和国宪法在全斗焕将军的监督下拟出，于 1980 年 10 月 27 日生效。与“复苏宪法”中规定的一样，总统由 5000 选民组成的选举团选举产生，任期七年，但不得连任。对人权的关注和对在一部新宪法下进行总统直接选举的广泛渴望导致了 1987 年 6 月的大规模学生示威活动，其时正值韩国在为 1988

年奥运会作准备。[112]7 月 10 日，全斗焕总统辞去执政的民主正义党主席一职；他的继任者卢泰愚在总统和执政党支持下同意与金大中和金泳三领导的统一民主党合作，恢复公民自由权、释放政治犯并制定一部为总统直接普选铺平道路的新宪法。正像 1948 年以来经常发生的情况一样，这一次也不单是韩国人孤军奋战，而是有美国因素介入，民主复兴的前景尚难预料。

结 语

美国对日本和南朝鲜人权产生的不同影响反映了两国历史的独特差异。

南朝鲜目前在安全上对美国的依赖是某种历史格局的延续。中国在朝鲜传统对外关系中保有的特权到十九世纪末便消失了，取而代之的是贪婪的西方列强和日本在朝鲜争夺“最优地位”的斗争，最终导致朝鲜于 1910 年为日本所吞并。1945 年之后，美国和苏联在朝鲜的南北分裂中扮演了主要角色。北朝鲜在其领袖金日成的带领下求索着一条道路，在共产主义大国间保持独立和民族统一，并以儒家共产主义式的理解将人权限定为经济社会权利。南朝鲜则受到其他民主国家的鼓舞，对人权法有着更全面的理解，认为其中不仅包括经济社会权利，还有公民自由权利。两个朝鲜在统一问题上都经受着精神分裂的痛苦：双方都既希望本国政治稳固、又想统一对方，并独立于外来势力，但两方的生存又都有赖于外来支持。美国通过它对南朝鲜人权的影响在维持政治民主梦想的存活上多有助益，同时它还得力求避免陷入操纵性的韩国政治陷阱，又不能放弃这个重要盟友，否则将损害美国的国家利益。[113]

日本的历史格局与朝鲜迥然不同，它在世纪之交时就从西方列强那里索回了法律和政治上的独立。到 1987 年，在社会经济和技术上不落后于任何外国竞争者的梦想已经实现了。从文化上来说，日本和朝鲜在它们同美国的三边关系中至少是平起平坐的；但同人权有关的文化却基本上是单向地从美国流向东北亚。战争、战争准备和帝国主义曾经损害过近代美国同东亚的关系；但无论如何，美国和其他西方国家的法律、宪法和人权观念连同支持性的宗教价值（尤其是在韩国）在日本和韩国的生根发芽可以算是西方对这一地区的文明作出的最有意义的贡献。

美国占领期在日本的催化作用使一直屈从于国家主义专制的人权在那里获得了持续的合法性和制度化；在那个具有历史意义的战争惨败之后，日本宪法适合了其政治法律文化和国家的需求。宪法性的和平主义堵塞了军国主义的复出之路。在 1945 年之后的韩国，人权观念逐渐渗透到社会的各个层面，这一过程在恐怖的朝鲜战争前后和期间都持续进行着。不过，其人权获得法律上的稳固正统性是在汉城筹备 1988 年奥运会之时。当日本已经感受不到任何外来势力威胁之时，韩国的人权仍然面临着来自外部和本国军界（这是南朝鲜政治中的决定性力量）的威胁，其程度有时令美国观察家感到愤怒。由于美国政治中占主导地位的人权概念在平等对待所有种族以及维持生存的经济社会权利方面都显得有些含糊不清，对世界来说，美国呈现为一个对立统一的混合形象。在经济、军事和地缘政治观上的短视常常使美国的思路从这一地区的人权问题上挪开，其实人权正是解决其他问题的关键所在。不过，美国的民主宪政、势力以及对法律中自由问题的关注总的说来还是支持了东亚地区人权，这一地区到二十一世纪有可能成为世界的中心。

注 释

[1]John K.Fairbank, Edwin O.Reischauer, and Albert M. Craig, East Asia: Tradition and Transformation (Boston:Houghton Mifflin, 1973).

[2]Lawrence W. Beer,Freedom of Expression in Japan: A Study in Comparative Law, Politics, and Society(Tokyo and New York: Kodansha International,1984),pp.37—99;Lawrence W.Beer, "Constitutional Revolution in Japanese Law,Society,and Politics," Modern Asian Studies(1982),16(1):33;Edward Baker and William Shaw,eds., Human Rights in Korea: Historical and Policy Perspectives, forthcoming; Pyong-ho Pak et al.,Modernization and Its Impact Upon Korean Law(Berkeley:Institute of East Asian Studies , University of California,1981); Chongko Chol,"On the Reception of Western Law in Korea, Korean Journal of Comparative Law (December 1981),9:141.

[3]Edward S.Corwin, The "Higher Law" Background of American Constitutional Law(Ithaca:Cornell University Press,1959);Harold J.Berman, Law and Revolution: The Formation of the Western LegalTradition(Cambridge:Harvard University Press,1983).

[4]Beer,Freedom,ch.3;Baker and Shaw,Human Rights in Korea,ch. 1.

[5]同上;William Shaw, Lagal Norms in a Confucian State(Berkeley:Institute of East Asian Studies, Univrstity of California, 1981); DanFeno Henderson,Conciliation and Japanese Law:Tokugawa andModern,2 vols.(Seattle: University of Wasington Press,1965); DanFenno Henderson,Village"Contracts" in Tokugawa Japan(Seattle:University of Wasington Press,1975)。

[6]要了解一种个人主义的理论方法，请见 Beer,Freedom,pp.30—37:L.J.Macfar lane,The Theory and Practice of HumanRight(London:Maurice Temple Smith,1985);Terrence S.Shea,Human Rights as an Instrument in the Humanist Reconstruction ofPost-modern Political Theory,Ph.D.dissertation,University of Maryland,1985。

[7] Masami Ito," Nihonkoku Kempo to eibei Kempo,"Nihonho to Eibeihono 30 nen,symposium issue of Jurisuto(November 15,1975), no.600, p.150; Ryosuke Ishii,Japanese Culture in the Meiji Era:Legislation,tr.W.J.Chambliss(Tokyo: Toyo Bunko, 1958); Kenzo Takayanagi, "Reception and Influence of Occidental Legal Ideasin Japan," in I.Nitobe, ed., Western In fluences in Modern Japan (Chicago: University of Chicago Press, 1931); Dan FennoHenderson, "Law and Political Modernization," in Robert E.Ward,ed.,Political Modernization in Japan(Princeton: Princeton University Press,1968); Kenzao Takayanagi, "A Century of Innovation: The Development of Japanese Law, 1868—1961," in Arthur von Mehren, ed., Law in Japan: The Legal Order in a Changing Society(Cambridge:Harvard University

Press,1963); Pyong-ho Pak et al.,Modernization;Bong-Duck Chun et al., Traditional Korean Legal Attitudes (Berkeley: Institute of East Asian Studies, University of California,1980); Harry Wray and Hilary Conroy,eds.,Japan Examined:Perspectives on Modern Japanese History (Honolulu:Umiversity of Hawaii Press,1983).

[8]Bruce Cumings, The Origins of the Korean War:Liberation and Emergence of Separate Regimes(Princeton:Princeton University Press,1981);Bruce Cumings,ed.,Child of Conflict:The Korean- American Relationship(Seattle University of Washington Press, 1983.)

[9]Mainichi Daily News,May 29 and August 23,1985.

[10]关于 1947 年日本宪法的条文，请见 Hiroshi Itoh and Lawrence W.Beer, The Constitutional Case Law of Japan:Selected Supreme Court Decisions,1961—1970 (Seattle:University of Washington Press, 1978), pp.256－269。

[11]Beer, Freedom, pp.110—111; Yosiyuki Noda, The Character of the Japanese People and Their Conception of Law,in Hideo Tanaka＆ M.D. Smith,eds.,The Japanese Legal System (Tokyo:Tokyo University Press, 1976),pp.304－305.

[12]Beer,Freedom,pp.45—49;亦可参见上面注 7 中所列资料。

[13]明治宪法的英译本见于 Tanaka and Smith, The Japanese Legal System,p.107。

[14]Alfred Oppler, Legal Reform in Occupied Japan: A Participant Looks Back (Princeton: Princeton University Press, 1976), p.55:Beer, Freedom, pp.45—53,85—89.

[15]Beer,Freedom,ch.3.

[16]The Universal Manhood Suffrage Law,Law 47 of March 29,1925.

[17]《治安维持法》， 1925 年 4 月 22 日第 46 号法令。关于这一时期的法律和政治，请见 Beer,Freedom,pp.59—70。

[18]Beer,“Constitutional Revolution.

[19]关于宪法的资料是由 Rutgers 大学法学院的 Albert P.Blaustein 教授于 1987 年 1 月慷慨提供的。

[20]关于日本被占领期间的文件及其分析请见 SCAP，Political Reorientation of Japan(Washington,D.C.:GPO,n.d.[1949]).此后引用此书及其中资料之处，简注如：Reorientation;Beer,Freedom,pp.331－363;Wray and Conroy,eds.,Japan Examined,pp.331—363； D.Clayton James,The Years of MacArthur,vol.3:Triumph and Disaster,1945—1954(Boston: Houghton Mifflin,1985);Jay Rubin, “ From Wholesomeness to Decadence:The Censorship of Literature Under the Allied Occupation,” Journal of Japanese Studies (1985), 17(1): 17;Peter Frost, “Occupation,” in Kodansha Encyclopedia of Japan (New York: Kodansha International, 1983), 6:51; Robert E.Ward and Yoshikazu Sakamoto, eds., Democratizing Japan: The Allied Occupation (Honolulu: University of Hawaii Press,1987)。

[21]麦克阿瑟将军和裕仁天皇的这幅著名的历史像片复印在 Justin

Williams,Japan's Political Revolution Under MacArthur (Athens: University of Georgia Press, 1978),opposite p.82。

[22]Beer, Freedom,pp.77—79 and ch.6.

[23]同上，pp.79—81。

[24]同上；Ward and Sakamoto, Democratizing Japan,James, The Years of MacArthur;Willams,Japam's Political Revolution,Oppler,Legal Reform;John M. Maki,Japan's Commission on the Constitution:Its final Report(seattle:University of Washington Press, 1980), pp.49, 62, 220; Toshio Nishi, Unconditional Democracy: Education and Politics in Occupied Japan, 1945—1952 (Stanford: Hoover Institution, 1982); Theodore H.McNelly, Domestic and International Influences on Constitutional Revision in Japan, 1945—1946, Ph.D. dissertation, Columbia University, 1952.要得到一个书目， 请见：Robert E Ward and Frank J.Shulman, The Allied Occupation of Japan, 1945 — 1952 (Chicago:American Library Association, 1974)许多官方资料现在已以可供查用的微缩胶片形式保存于 Confidential U.S.State Department Files-Japan:InternalAffairs， 1945 — 1954(Frederick,Md.:University Publications ofAmerica, 1985)。

[25]Williams, Japan's Political Revolution, pp.104－107.

[26]p.101; SCAP, Reorientation, pp.423—439; Theodore H.McNelly, ed., Sources in Modern East Asian History and Politics（New York:Appleton-Century-Crofts,1967),p.177.这份文件就是 State-War-Navy Coordinating Committee(SWNCC)228。主要作者是 HnghBorton，现在的哥伦比亚大学荣誉教授。

[27]SCAP,Reorientation,pp.603—631.

[28]Williams, Japan's Political Revolution, pp.104—105; Oppler, Legal Reform, ch.5.关于日本宪法的任何讨论都不应漏掉它的独特内容——准反战主义的第 9 条。对于宪法放弃战争权的问题，在日文和英文资料中都有许多不全面的论述。要了解宪法第 9 条反战内容的复杂的日本或美国渊源，最可信的向导是 TheodoreH.McNelly；请参见他写的一章，在 Ward and Sakamoto.Democratizing Japan 中。关于第 9 条在当前日本宪政中的作用，参见：Lawrence W.Beer,“The Domestic Constraints on JapaneseSecurity Policies, ” in Ronald A.Morse,ed.,Option 2000(Washington,D.C.:Smithsonian Institution Woodrow WilsonInternational Center for Scholars,1987), p.5.有关这一敏感问题的舆论资料和判例,请见：Lawrence W.Beer,“Japan's Constitutionand Its Judicial Interpretation,”Law in Japan(1984),17:11—13,22—23。

[29] Nishi,Unconditional Democracy,pp.119—120.

[30] 关于 Charles Kakes 及其所作用，请参见 Williams,Japan's Political Revolution，第三章及全书各部分。“凯德斯怎么躲过了当代作家和观察家的注意，这是很难理解的……美国新闻界人士基本上忽略了他。他们未曾察觉出他是盟军总部官员中的二号人物，地位仅次于考特尼·惠特尼。他们是三个性格迥异但却合作得近乎完美的人物：麦克阿瑟，老于世故的保守主义者；惠特尼，有审时度势之才；凯德斯，聪明的‘新政’支持者”

（p.35）。关于不同观念的实用主义结合，还可以参见 Forrest McDonald,Novus Ordo Seclorum:The Intellectual Origins of the Constitution(Lawrence:University of Kansas Press,1985)。

[31] 要了解惠特尼、罗威尔、胡塞、奥普勒以及参与创造法律和权利之过程的其他盟军总部官员的情况，请见 Williams,Japan's Political Revolution.chs.4,5。

[32] 同上，pp.39—42。

[33] 同上,p.52;还有我本人在 1986 年 1 月和 2 月与 Charles L.Kades 的通信（以下简注为 Kades）。

[34] Williams,Japan's Political Revolution,pp.115—117;Kades。这个局的局长入江俊郎后来继续在日本最高法院供职，工作得十分出色，任职时间也很长（1952—1970）。副局长佐藤达夫，也就是后来的人事院总裁，在 1946 年的这几个性命攸关的月份中与美国人接触最多。

[35] Nishi,Unconditional Democracy,p.122.

[36] 明治宪法第 73 条规定："若是将来有必要对目前这部宪法的条文作出修正，其实施计划必须通过帝国令递交帝国国会。在上述情况下，任何一院若非有超过三分之二多数的议员在场均不得开始讨论，而且，若非经过超过三分之二多数的议员同意，不得作出任何修改。"Tanaka and Smith,The Japanese Legal System,p.23.

[37] Williams,Japan's Political Revolution,pp.118—121.

[38] 关于管理部宪法委员会的组成，请见 SCAP,Reorientation.p.813;Oppler,Legal Reform,p.157;Kades;以及同其他占领官员的讨论。

[39] Williams,Japan's Political Revolution,p.108;Dale Hellegers(讨论小组中的一员),The Occupation of Japan:The Proceedings of a Seminar on the Occupation of Japan and Its Legacy to the Postwar World(Norfolk,Va.:MacArthur Memorial,1976),pp.11—15.

[40] Itoh and Beer,Constitutional Case Law,pp.156—258.

[41] Beer,"Constitutional Revolution,"pp.33—43.

[42] 如果需要更详细的论述，请参考上引书，以及 Lawrence W.Beer,"Japan's Constitution and Its Judicial Interpretation,"Law in Japan (1984),17:7。

[43]Itoh and Beer,Constititional Case Law,pp.258, 268.

[44]Japan v.sugino,4.Keishu 2012.3014(Sup.Ct., Grand Bench,1950).

[45]Itoh and Beer,Constitutional Case Law,pp.258—261.

[46]修正后的 1898 年第 89 号法。关于这部法律，请参考 Kurt Steiner,"Post war Changes in the Japanese Civil Code,"in Legal Reforms in Japan During the Allied Occupation,special reprint volume of the Washington Law Review(Seattle,1977),p.97;and Taime Bryant,"Marital Dissloution in Japan:Legal Obstacles and Their Impact,"Law in Japan,(1984),17:73。要了解在日本对于人权问题的进一步讨论，请见 Beer,Freedom;他的"Japan's Constitution"和他的" Group Rights and Individual Rights in Japan," Asian Survey(April 1981),p.437。关

于男女的报酬差异，请参见“Wages,”Look Japan, December 10, 1985, p. 27。

[47]有关选民意见的概览资料，请见 Beer,“Constitutional Revolution,”pp.44—46。

[48]第 25 条和第 27 条在什么程度上仅仅是劝说性的、或是具有法律约束力的,这在日本曾引起过严肃的讨论。在 Beer 的‘Japan's constitution,”pp.39—40 中可以看到一个与此相关的案子。关于第 28 条，请见 Beer,“Japan's Constitution,”pp.23—27。

[49] 这种在其他战后宪法（如印度宪法）中也曾出现过的措辞所提供的保护与含糊的美国法律概念“法律的正当程序”是一样的。实际上，不同的语汇并未暗示着不同水平的程序性权利之法律保护。要了解一些实例，可以参考 P.K.Tripathi,“ Perspectives on the American Constitutional Influence on the Constitution of India, ” in Lawrence W.Beer,ed.,Constitution in Asian Views of the American In fluence(Berkeley: University of California Press, 1979),pp.59—99。

[50] 要了解一些例子，可以参考 Beer,Freedom, psssim;David H.Bayley, Forces of Order:Police Behavior in Japan and the United States (Berkeley: University of California Press, 1976); B.J. George,Jr., “Discretionary Authority of Pubilic Prosecutors in Japan,”Law in Japan (1984),17:42。

[51]Beer,Freedom,p.21.

[52]同上，第七章。

[53]Itoh and Beer,Constitutional Case Law,pp.265－266.

[54]David J.Canelski,“Judicial Review and Democracy in Japan,”提交给 1985 年 7 月在巴黎召开的“国际政治科学协会”会议的论文，pp.1－6；Nobushige Ukai,“The Significance of the Reception of American Constitutional Institutions and Ideas in Japan, ” in Beer,Constitutionalism in Asia,pp.114—127;Oppler,Legal Reform,特别是第 6—8 章。

[55]Beer,Freedom,p.135.

[56]Oppler,Legal Reform,p.99;Beer,Freedom,pp.131－133,147,and 155,n.16.

[57]译成英文的司法裁决，请参见 John M. Maki, ed., Court and Constitution in Japan:Selected Supreme Court Decisions,1948—1960(Seattle:University of Washington Press,1964）;Itoh and Beer,Constitutional Case Law.我和 Hiroshi Itoh 在其他译者的帮助下正在编译一部 1970 年到 1990 年的案例集。要得到对涉及人权问题的日本司法裁决的深入分析材料，请看 Beer 的 Freedom，以及他的“Japan's Constitution”；日语资料见于东京出版的以下刊物：Hanrei Jiho，Jurisuto, Ho ritsu Jiho, and Jiyu to Seigi。

[58] Williams, Japan's Political Revolution,pp.64—65.

[59] Oppler, Legal Reform,P.71.

[60] 同上，pp.178—182。

[61] 同上，p.172；Law for the Establishment of the Attorney

General's Office, Law No.193, December17, 1947, (text in SCAP,Reorientation, p.1059)。

[62] 1949年5月31日第139号法律。

[63] Lawrence W.Beer,“ Human Rights Commissioners(Jinken yogo Lin) and Lay Protection of Human Rights in Japan,”Occasional Paper No.31，October 1985，International Ombudsman Institute,Alb erta, Canada.

[64] 笔者1970年在东京同他进行的谈活。

[65] Kenzo Takayangi,“Appendix:Opinion on Some Constitutional Problems: The Rule of Law,”in Dan Fenno Henderson,ed.,The Cpnstitution of Japan:Its First Twenty Years,1947—1967 (Seattle: University of Washington Press.1968),p.89.

[66] 关于这次修宪辩论，请见 Beer,“Constitutional Revolution,” pp.37—42,以及那里引述的著作； Maki,Japan's Commission on the Constitution, pp.15—31,372—393。

[67]《日本法》的编辑部设在：Asian Law Program，School of Law,JB—20，University of Washington，Seattle,Washington 98105.

[68]Beer，Freedom，pp.325—326。

[69]The sarufutsu case,Japan v.Osawa, 28 Keishu(No. 9)393(Sup. Ct., Grand Bench, November 6,1974)。参见Beer, Freedom, pp.236—237, and Ukai,“The Significance of the Reception of American Constitutional Institutions and Ideas in Japan, in Beer, Constitutionalism in Asia, pp.124—125。注意：日本法官通常不愿提到具体的美国判例，哪怕他们的判决受了这些判例的直接影响。

[70]Chong-sik Lee, The Politics of Korean Nationalism (Berkeley: University of California Press，1965),pv.19.

[71]Wray and Conroy，Japan Examined,pp.154，136—140.

[72]Edward J.Baker,“The Role of Legal Reforms in the Japanese Annexation and Rule of Korea，1905—1919，”and Wonmo Dong，“Imperial Japan's Colonial Legal System in Korea，”both in Baker and shaw， Human Rights in Korea.

[73]Lee,Korean Nationalism,pp.167，277—278，以及全书各处。

[74]上引书，Gregory Henderson，Korea:The Politics of the Vortex (Cambridge，Mass.:Harvard University Press,1968)，pp.80—86.

[75]Henderson,Korea,pp.82—83.

[76]朝鲜1919年“独立宣言”见于Kyung cho Chung,Korea Tomorrow. Land of the Morning Calm(New York:Macmillan,1961),pp.301—303。

[77]上引书，p.303； McNelly，Sources in Modern East Asian History and Politics,p.154，亦可参见:Han-Kyo Kim，“Japanese Colonialism in Korea，”in Wray and Conroy,Japan Examined,p.223。

[78]Henderson,Korea,pp.113—136.

[79]Chung,Korea Tomorrow,p.187;John p.Merrill “The Impact of Civil Conflict,” in Baker and shaw, Human Rights in Korea; Cumings,The Origins of the Korean war,and his Child of Conflict.

[80] Chung, Korea Tomorrow,p.187.

[81] Donald Macdonald,"Human Rights: Ideals and Reality," in Baker and shaw, Human Rightsin Korea; Donald Macdonald, Koreaand the Ballot: The International Dimensionin Korean Political Development as Seenin Elections,Ph.D.dissertation,George Washington University,1977. 亦见:Soon－sung Cho, Korea in World Politics, 1940—1950 (Berkeley: University of California Press,1967)。

[82]Gregory Henderson, " Human Rights in South Korea, 1945—1953, " in Baker and Shaw, Human Rights in Korea; Macdonald, " Human Rights " and Koreaand the Ballot; Cho,Koreain World Politics.

[83]Henderson, " Human Rights, " p.17.

[84]同上,p.24。

[85]同上,p.31。

[86]同上,p.28。

[87]Tscholsu Kim and SangDonLee, " The Influence of U.S. Constitutional Law Doctrine in Korea, " in Lawrence W.Beer,ed. , Constitutional Systems in Late Twentieth-Century Asia,即出。

[88]Cho, Koreain World Politics, pp.61—158; Henderson, Korea, pp. 131 — 136;BruceCumings,TheTwoKoreas(NewYork:ForeignPolicy Association, 1984),pp.26—38.

[89]Henderson, " Human Rights, " pp.25—26。USAMGIK 曾经于 1947 年 5 月 17 日组建了一个南朝鲜临时政府，但在其短暂生命中，它的临时立法会议（KILA）只通过了 12 部法案，大多是因循成例。

[90] Macdonald, "Human Rights", Jerome Alan Cohen and Edward J. Baker, "Foreign Policy and Human Rights: The Case of South Korea," in Baker and Shaw, Human Rights in Korea.

[91]Macdonald, "Human Rights," pp.111—113.

[92]John Henry Merryman, The Civil Law Tradition, 2d ed. (Stanford, Calif.: Stanford University Press,1986)，此书解释了民法法系和普通法系之间的差异。

[93] Hyong－bae Kim, " Labor Law in Korea, " in Pyongho Pak et al.,Moderinzation, p.65;Ki Yop Lim,Developmemt of Korean LaborLaw and Practice, " Journal of Korean Affairs(January 1976),p.25.韩-日宪法研究现在已经制度化了，在汉城高丽大学成立了一个以 " 韩国公法协会 " 主席 Byung-Sak Koo 教授为主要负责人的中心（1987）。

[94]David C.Cole and Princeton N. Lyman, Korean Development: The Interplay of Politics and Economics (Cambridge: Harvard UniversityPress, 1977),p.59—62;W.D. Reeve,The Republic of Korea: A Political and Economic Study (New York: Oxford University Press,1963).

[95]Sugwon Kang, " Thoughts on the Korean Style of Democracy, " Journal of Korean Affairs(April 1974),p.26;Jan-hae Yoo andLarry L. Wade, "A Study of Current Korean Political Culture: An Interpretive Perspective," Journal of East Asian Affairs(1981),pp.118—172;Larry L.Wade, "South Korean Political Culture: An Interpretation of Survey

Data," Journal of Korean Studies(1980),2:1.

[96]Macdonald, Korea and the Ballot,pp.140—141.

[97] 关于美国国内的评论音调，参见"韩国人民之友"主办的 Monthyly Review of Korean Arrairs. P.O.Box3506, Arlington, Virginia 22203; Chong-sik Lee, "Human Rights in South Koreanand United States Policy, Journal of Korean Affairs (October 1975), p.26; Baker and Shaw, Human Rights in Korea; John Sullivan and Roberta Foss, eds.,Two Koreas: One Future (Lanham, Md.:University Press of America,1987).

[98]Henderson, "Human Rights," pp.38—40; Macdonald, Korea and the Ballot, pp.225—228.关于经过 1969 年修正后的韩国宪法条文，参见 Sejin Kim and Chang-hyun Cho, Government and Politicsin Korea(Silver Springs, Md.: Institute of Korean Affairs, 1972), P.295; Journal of Korean Affairs (April 1973), p.39(关于"维新宪法")；以及 The Korea Times (seoul), September30, 1980, p.4（关于第五共和国宪法）。

[99]Kim and Lee, "In fluence", Yu Chin-O, Memoirs on Drafting the Constitution（Seoul:Ilchokak,1980）（朝鲜文）.

[100]Kim and Lee, " Influence"; Kim Hyo-jun, " Korean Constitution and American Constitution,The Dong-A Herald(Pusan),June1, 1987.

[101]　Kim and Lee, " Influence, " p.4.

[102]同上。

[103]同上， pp.10—12；Robert Oliver, Syngman Rhee and American Involvement in Korea, 1942—1960 (Westport, Conn.: Greenwood Press, 1978)。

[104] Kim and Lee, " Influence， " pp.13—16.

[105]同上，p.14。肯尼迪政府和民间利益团体要求恢复文官治理，但其实际效果不甚明显。

[106]见上引书第 16 页的英译文。

[107]上引书，pp.17—23；Supreme Court,October23,1969,Case No.66—Do－1337(1969)。

[108]Supreme Court,June22,1971, Case No.70—1010(1971).

[109]Seoul High Court,March11,1970,Case No.69—Na—1631(1970).

[110]见 Kim and Lee, " Influence, " p.19 的英译；这项修订被 1970 年 7 月的国民会议通过。

[111]上引书，pp. 25—30; " Interview:Kim Cae Jung-Democracy and Dissidence in South Korea, " Journal of International Affairs(Winter 1985),p.181。

[112]作者本人于 1987 年 5-7 月间在日本同韩、日法律职业者的交流；1987 年 5-7 月的日本《时代》和《亚洲华尔街时报》。1987 年 10 月 25 日公民投票通过的宪法扩大了权利的范围，并规定了总统的直接选举，任期不能超过 5 年，且不得连任。以 36.6%的优势战胜几个对手的卢泰愚当选总统。这样，全斗焕成为第一个依照法定程序将总统职位移交给当选继任者的韩国在位领导人。1988 年 4 月 26 日， 反对党第一次在国民会议中赢得了多数席位。

[113] 关于诱骗和放任，参见 James W.Morley," Presidential Address:

Japan and America——The Dynamics of Partnership," Journal of Asian Studies(November 1985),p.19。

十　菲律宾宪法发展

A·西泽·埃斯皮里图

美国在菲律宾的帝国冒险事业始于 1898 年，这一年，美国向西班牙宣战，声称要把古巴人民从西班牙的暴虐统治下解救出来；西班牙人的暴行从古巴革命爆发开始，已经整整三年了。为了摧毁驻扎在马尼拉湾的西班牙舰队，一支美国舰队在海军准将杜威的率领下驶向太平洋。1898 年 5 月 1 日，任务完成了。

杜威到达菲律宾的时候，菲律宾的革命火焰已经吞没了岛上的大部分西班牙军事力量。从 1896 年开始，菲律宾人民在两年时间里结束了革命的第一阶段，有效地控制了菲律宾群岛的大部分地区，包括除马尼拉城以外的整个吕宋岛。

1898 年 6 月 12 日，菲律宾宣告独立，菲律宾共和国成立。四个月不到，马洛洛斯国会举行庄严仪式，批准了菲律宾独立宣言。旋即召开制宪会议制定宪法（后以马洛洛斯宪法知名）。1899 年 1 月 21 日，宪法颁布实行。

马洛洛斯宪法宣布，共和国政府应是民选的，代议制的，可替换的，负责任的（第二章，第 4 条）。宪法一开头（第一章）就明确规定：“所有菲律宾人的政治联合构成一个国家，名为菲律宾共和国”（第 1 条）；“菲律宾是自由独立的共和国”（第 2 条）；“主权在民”（第 3 条）。

菲律宾人显然相信，美国，基于它自身的历史以及同情心，会承认菲律宾共和国。然而希望很快破灭了，麦金利政府决定留在菲律宾原地不动。尽管菲律宾人已经打败了西班牙军队，西班牙还是以 2000 万美元的价格，把菲律宾卖给了美国。[1]

菲律宾人别无选择，只有继续为独立而战，不过这回敌人就是从前的盟友。菲美战争打起来。仅仅过了一年，美国就牢牢地控制了吕宋的战略要地，包括马尼拉；零星的抵抗持续了三年半，直到 1902 年 7 月 4 日才最后结束。

紧接着对菲律宾的“永久”占领是美国持续卷入他国的政治事务中历时最长的，直到 1946 年才结束，其间只有从 1941 年到 1944 年，日本侵占菲律宾期间才中断过。

美国关于建立菲律宾国的想法

为了缓和严酷的现实——对《独立宣言》和美国宪法奉为神圣的自由和自决理想的背叛，新殖民者决定，二十世纪一开始，就向新殖民地移植他们根据自己的经验认为最为相投的某些政府原则，以促进民主制度的成长。

通过美国建制法灌输的自由政治思想

美国对战事的控制一成定局，麦金利总统就派了一个班子来菲律宾岛上建立文官政府，他在“委员会训令”中告诫这帮人要“牢牢记住”，美国建立这个政府

> 不是为了让我们自己称心如意，而是为了菲律宾群岛全体人民的幸福、安宁与繁荣，所采取的措施应符合他们的风俗习惯甚至成见，

并应最大限度地符合成就正义有效政府的必备条件。

训令的后面部分更是意义重大：

委员会当牢牢记住，应使岛上的民众清楚地认识到，一些伟大的政府原则，一直是美国宪政制度的基础，其对法治和个人自由的维护，是绝对重要的。

“训令”明确指出，必须在岛上建立这些原则并维持下去——“为了居民的自由与幸福，而不论它们会与菲律宾人熟悉的风俗和程序法产生多大冲突”。据此，菲律宾政府的各个分支机构必须遵守的规则便确立下来：

> 未经法律的正当程序，不得剥夺任何人的生命、自由或财产；未有正当补偿，私产不得充为公用；所有刑事控诉，被告都有权要求进行迅速、公开的审判，有权被告知指控的性质和原因，在辩护中与证人对质；不得要求过多的保释金，或课以过重的罚金，或处以残酷的非常的刑罚；任何人不得因为一罪而受两次审判，在任何刑案中不能迫使他自证其罪；不受无理的搜查和扣押的权利不得侵犯；除了惩罚犯罪，奴隶和非自愿劳役不允许存在；不得通过剥夺公权或溯及既往的法律；不得通过任何剥夺言论自由或新闻出版自由的法律、或人民和平集会向政府请愿的权利的法律；不得制定任何关于设立宗教或禁止自由从事宗教活动的法律；无偏无倚地、自由地从事宗教职业和宗教礼拜，应永远允许之。

这些规则悉数从美国宪法和一系列修正案中取来。倘若这些训诫背后潜在的动机是为了让菲律宾的知识领袖以及一般民众对美国占领的正面性质放心，那么它确实很成功。已在美国宪法里被奉为神圣的对这些个人权利的认知，就如此这般地从美国输送到菲律宾，早于《世界人权宣言》正式起作用48年，早于《公民权利和政治权利国际公约》实施近74年。

菲律宾统治阶级对美国思想的“接受”

力量对比悬殊的菲美战争中战胜者那压倒性的武力，此后占领状态的延续，以及菲律宾的 ilustrados（在欧洲求学、受过良好教育、有社会威望但政治上软弱的菲律宾上层人士）早期的急切“接受”（这些人与美国人结盟，并从美国人提出的权利中看到了他们反对西班牙人时曾为之奋斗的某些理想），这一切都使得某些民主制度在这个国家得以逐步发展。

从1910年开始，一批年轻聪颖的菲律宾 pensionados，即当地统治阶级的子弟，被送往美国大学接受训练，希望回来后掌权。这批人中间，就有后来成为第一至第三代的最高宪法权威者。这些人，还有在他们之后去美国大学接受研究生教育的人，和其他人一道促成了美国革命思想在菲律宾的逐步传播。尽管摒弃了真正的独立，菲律宾的 ilustrados 还是热情高涨地投入了走向自治的工作。这与其说是对新殖民统治者强制灌输的接受，还不如说表明了美国有希望实现菲律宾人反抗前殖民者——西班牙人——情愿为之流血牺牲的一些东西。[2]无论如何，菲律宾民族主义终于被美国在菲律宾的自由主义政策有效地同化了。

美国《独立宣言》所雄辩表述的先在权利或自然权利的思想，调和了菲律宾 ilustrados 在接受天主教教育时从阿奎那的作品那里吸收的自然法思想。美国的许多思想观念（从洛克、卢梭、孟德斯鸠那里借鉴而来的），像

保留权利、有限政府、主权在民、三权分立作为人权保障，法院是监控权利的重要机构，以及民主共和制，全靠美国统治者急不可耐引进的公立教育体系培育并传播开来。

英语从小学到大学都是 lingua franca 通用语，英语语言的文化遗产也就随之不分青红皂白地大举羼入。兴奋的学生娃们如饥似渴地吸取着这一切，他们很快便背会了托马斯·杰斐逊那难以忘怀的名言：“我们认为这些真理是不言而喻的：人人生而平等；造物主赋予他们一些不可剥夺的权利；这就是生命、自由和对幸福的追求。”

殖民统治者“有节制的帝国主义”——目的是取得民族主义者 ilustrados 的归附——获得了很大成功。ilustrados 成为殖民者的小官吏，被整合进新的殖民秩序。

后续组织法对民主原则的确认

1902 年《菲律宾法案》（国会法案，1902 年 7 月 1 日）所列举的，本质上是和总统“委员会训令”所阐述的法律和自由原则一模一样的东西。

随着要求独立的骚动不断增多，美国国会于 1916 年 8 月 29 日通过了一项法令，这就是大家都知道的“琼斯法”。[3]该法的前言以一本正经的措辞确认，美国和西班牙开战的本意不是为了征眼或扩展其疆域；所以它保证，“一旦一个稳定的政府[可以]建立”，美国便撤回它在菲律宾的主权，承认其独立。为了尽快完成这一目标，“琼斯法”指出，菲律宾人民手中，应掌握“尽可能大的对其国内事务的控制权力，只要给予他们的权力不致于……损害公民权利和政府权力……之行使，”这样菲律宾人就可以做好准备承担起完全独立的种种责任，也享受到完全独立的种种特权。

“琼斯法”第 3 条进一步列举了为预备独立而建立的宪治政府所应具有的条件。列举的重大原则有：法律的正当程序；一罪不二审；人身保护令；法不溯及既往；不课以过高的保释金；不得因债务而监禁某人；不得进行无理搜查；言论自由和宗教自由；逮捕要有正当理由，等等。

1934 年，美国国会通过了“泰丁斯-麦克达菲法”[4]规定了迈向完全独立的十年过渡期。菲律宾政府被称为“菲律宾共和国”，并将召开制宪会议起草宪法。对制宪会议有若干限制，最重要的是第 2 条第 2 款(a)项：“起草制定的宪法形式上应是共和制的；应包括一个权利法案……。并须经美国总统同意。”——对这一限制，30 年后的新一代菲律宾民族主义者将引来作为一个具体的证据，证明该宪法是一个“殖民”宪法，并不是菲律宾人自由地为自由的菲律宾制定的。

1935 年宪法

1934 年制宪会议

美国发起的菲律宾制宪会议于 1934 年召开,其目标不光是为菲律宾共和国制定宪法，而且要为将来独立的菲律宾国家制定宪法。

《原则宣言》第一条称：“菲律宾为共和国。主权在民，政府的所有权力来自人民”（第 2 条，第 1 款）。这个表述和《泰丁斯—麦克达菲法》的

授权一致，并且几乎是自动执行，因为共和形式的政府菲律宾人早已熟知，早在马洛洛斯宪法中就写明了。1934 年制宪会议[5]的代表们所理解的共和制政府，就是詹姆斯·麦迪逊所说的：“这种政府，所有权力都直接间接地源于人民大众，并由某些自愿任职的人在有限任期内或在行为良好期间进行管理。”[6]

1934 年制宪会议通过了一个权利法案，结合了大量美国《人权法案》和内战修正案的内容。这用不着奇怪。那时候，一群宪政骨干已经从这个国家的知识分子中成长起来，他们的政治思想深受美国自由主义观念的影响，他们熟悉美国宪法的各条修正案，熟悉涉及这些修正案的法理，而且，他们作为殖民统治的小官吏，已经接受了三十多年的自治训练。

为了在宪法中注入自由民主制的基本内容，1934 年制宪会议的各位代表，不光在权利法案中写上了人民主权的原则，规定了普选、定期选举和秘密投票，而且还规定了司法审查，借以维护人民的个人自由，并且引入了制衡原则，以进一步保障这些权利。

宪法作为宪治国家的框架

和美国宪法一样，1935 年的菲律宾宪法也建立了总统制，政府权力分为立法、行政、司法三部分，以此作为一种保障自由的手段。[7] 分权理论最早是孟德斯鸠提出的，美国宪法的制定者接受了这个理论并将之付诸实践。分权理论于 1935 年进入了菲律宾基本法,并从此成为菲政府的一个主要特点（在军法统治期间只在理论上存在，实践中则无从谈起）。

和美国宪法的另一个相似之处是，菲律宾宪法大刀阔斧地限制了政府的权力，公民则保留剩余的权利。这也合乎逻辑，卢梭——他对西方政治思想的影响相当大——早已说过，人民是普遍意志的贮存所，主权在人民中。[8] 支撑着美国宪法原型和菲律宾 1935 年宪法的政治思想哲学首先就预设,人民即公民。这是对独裁主义精英观点的断然拒否，这种观点认为，统治者是国家，人民是附属于他们的臣民。

经由这些制度，比如普选、政党制和制衡——包括司法审查——公意有了着落，有限政府也由此获得了意义。控制机制是对过于热忱的政府侵犯个人权利的一个制度救济。制宪会议讨论了所有这些控制机制，并将其一一写进了 1935 年宪法。

菲律宾宪法中的权利法案

美国传给菲律宾政治理论的不只是一大堆个人权利的明细清单。有一个观念清晰而明确，那就是，有一些权利之所以人人拥有，就凭他们是人——而不是因为政治权威赋予他们这些权利。这大大超过迄今为止任何别种政治社会中所接受的那一套，并且构成了当今人权行动主义的基础。这种观念其实建立在这样一个基本观点上：个人与社会相分离，他拥有不可剥夺的权利，这些权利在他与社会，特别是国家的关系中是第一位的。[9]

这些权利大多已写进了 1787 年起草的美国宪法，但在 1791 年通过的前十条修正案，以及后来通过另外一些修正案中表现得更明确。

1934 年菲律宾宪法开始起草的时候，美国宪法的这些条文就摆在代表们

面前。正如 1934 年制宪会议主席克拉罗 ·M · 雷克托所言，许多头面代表（他们本身就是美国教育制度的产品）坚信，美式宪治民主对菲律宾再合适不过。[10]

权利法案的草案基本上是美国《人权法案》的翻版。草案是何塞 ·P · 劳雷尔代表牵头的一个委员会准备的，而劳雷尔本人就是菲律宾的头号宪法权威。草案将这些观点奉为神圣：公民的概念意味着对公民权利和政治权利的认可，意味着真正参与政治生活并行使权利，意味着他有权随时批评当权者——他们对权力的合法要求基于民意。劳瑞尔，用大法官费尔南多的话说，极力要求草案通过，运用了所有来自他的渊博学识和雄辩天赋的、并且是运用自如的说服力。[11]

美国观念和 1972 年制宪会议

修正美国宪法原型的经济思想

反对西班牙革命爆发的一个主要原因，就是拥有地产的天主教修士和西班牙（或混血的）地主阶级对土著菲律宾人无休止的蹂躏。新殖民者来了以后，私有财产的观念进一步发扬光大。地主阶级——西班牙王室慷慨馈赠的受益人——的优越地位就这样被美国统治者认可了。

殖民统治者和有产统治者的联盟影响所及，排除了同质社会和政治平等的实现，而这对全体人民充分行使其权利，对参与文化的繁盛——这一点对民主政体的发展至关重要——又都是必不可少的。

由于财富过度地集中于社会的一个少数人阶层，大量赤贫民众被剥夺了一切有意义的参与国家的政治程序和行政程序的机会——尽管殖民政权的组织法和菲律宾 1935 年宪法对此都有白纸黑字的正式保证。穷人参与政治仅限于投票——但就是这一点，许多人仍因贫困所迫，为了金钱不得不违背自己的良心投票。领导功能仍由一小部分在政治上有权有势的人掌握。[12]

1934 年，宪法制定者试图对变革的力量作出反应，这种变革的力量寻求将财产概念和平等保护人道化。劳瑞尔后来说，他成为最高法院的一名助理法官时，1935 年菲律宾宪法已经

> 在波涛般汹涌的不安和不满中[通过了]，不安和不满是经济社会灾难的结果，当时这种灾难正威胁着全世界政府的稳定……。宪法中加进了一般性的条款，目的是通过所谓 justitia communis（公共正义），在社会的各个组成要素之间建立一种迫切需要的社会经济均衡。多年以前，格老秀斯和莱布尼茨曾倡导通过社会经济力量和机遇的相互平衡来达到“ 公共正义 ”；而这些社会经济力量和机会，应由国家管理（如果不是由国家控制的话）；若在 custodia societatis（监护社会），则应由国家配置……发扬社会正义以“ 保证全体人民的幸福和经济安全 ”就这样被作为一个重大原则写入了我国宪法。[13]

1935 年宪法的各开明条款显示了菲律宾自由主义思想正式的、理论上的发展。参加 1934 年制宪会议的代表们有意偏离了美国宪法的自由放任精神。可是，1935 年宪法所追求的社会经济均衡在实践中却从未实现。经济政治权力在政治寡头之间的持续集中未尝稍歇。

美国宪法的负面影响

在美国宪法的启发下，菲律宾 1935 年宪法也规定了“ 未经法律的正当程序，不得剥夺任何人的生命、自由和财产 ”（第 3 条，第 1 款），[14]现代有些民主宪法，不再有这种表述。财产和生命、自由不再相提并论。这样一来,就可以理解为什么 1971－1972 年制宪会议期间最激烈的辩论集中于实现菲律宾传统财产观念的彻底改变上了。

1935 年宪法阐述的一个基本原则就是发扬社会正义，“ 保证人民的幸福和经济安全 ”（第 2 条，第 5 款），这个原则在 1971—1972 年制宪会议期间受到了审查。但是，尽管有这一条和其它也具有社会经济性质的条款的规定，国家的警察权力也是被认可的,参加 1971－1972 年制宪会议的许多代表还是感到,权利法案中的某些条款以及 1935 年宪法的其它款项——特别是正当程序条款和公用及正当补偿的概念——已成为这个国家生气勃勃地追求社会正义的障碍。

何以至此呢？和美国新政前的历史极其相似，正当程序条款此时已成为阻止菲律宾国内迫切需要的社会立法，或者稀释其条款、破坏其贯彻实施的工具。正当程序条款也成为法院拖延的工具。

由于菲律宾社会的封建性，正当程序的程序性保障、征用财产要证明特定公共用途、补偿——根据地方的标准，这常常被解释为是指市场价值——所有这一切，在一个保守的司法机关的掌握下，使财产权保护蜕变成社会改革的障碍。所以用不着惊讶，当菲律宾人打算在 1971—1972 年制会议上修订 1935 年宪法时，挥之不去的疑云盘旋于会议大厅上空：财产一定要用实质性正当程序保护吗？财产真的能和生命平起平坐吗？能和自由平起平坐吗？

就这样，1972 年，在一群参加制宪会议的代表之间，一场生气勃勃的运动生发开来，要改变财产的传统概念，使之自由化。[15]

美国宪法中的财产概念

实际上，大家都知道，上面提到的那个条款，是从美国宪法第五和第十四修正案移花接木来的。而美国宪法，据某些历史学家说，[16]在有些方面，是一个建立在私有财产之基本权利先于政府、并且从道德上讲不在民治当局管辖范围之内这一观念上的一个经济文件。美国政治史上的经济决定论在下列事实中找到了一些证据支持，那就是美国宪法的制定者。一个强大的、明智的阶级，他们团结一致并知道自觉地进行利益上的结合。这也用不着奇怪，因为英国的政治哲学家，像约翰·洛克（其人在十八世纪末期对美国人的思想有强烈影响）从不隐瞒自己的这种信仰：保护财产是政府的首要任务之一。既然财产利益是政府的一个合乎义理的目标，组织政党保护和促进这些利益就是再自然不过的事。詹姆斯·麦迪逊在《联邦党人文集》中把这个思想阐述得很清楚。[17]

民法学家对绝对主义的财产观念总是赞赏不已，这种情形存在已非止一日。这样做，是忠实于那些伟大的十八世纪的民法典，比如法、俄、奥地利民法典的语言的，甚至也没有背叛十九世纪的民法典比如意大利和德国的民法典的语言。至于为了公共安全、和平、健康、道德，为了住房、教育、自然资源保护这样的事业而对私有财产进行必要的限制，这样的问题他们主要

留给公法学者和政治学、宪法行政法学的作家们去考虑。[18]

晚近，美国最高法院一直支持旨在提供更高程度社会正义的立法举措。然而迟至 1930 年代,最高法院遵循的还是一个使大多数类型的社会立法失效的套路，对联邦和各州均是如此。这样，菲律宾承自美国的传统宪法学理，还是认为财产权是一项近乎绝对的权利，认为社会限制获利机会的举动既不明智，又有失公平。[19]

平等保护概念在美国和菲律宾的发展

毫无疑问，美国宪法规定的、美国通过殖民活动带到菲律宾的公民权利和政治权利并不足以把所有现代人权包揽无遗。就是在其发源地——美国，有些权利在适用于当代的特定情况时，也不得不有所拓展，以应付时下的需要和问题。

在美国，平等保护原则的利剑直指非歧视以及某些原则上不可接受的区分理由：宗教、种族、性别，一定程度上的社会出身和财富等等。在菲律宾，平等保护的思想走上了另一个维度。这里根本问题不止是歧视，在某种意义上，是比歧视更基本、更严重的问题。这个问题与一个阶级斗争尖锐的社会中掌权者和无权者、特权者和弱势者之间的关系有关。后果自然就是社会生活中的统治和隶属现象。1935 年宪法运用了社会正义条款，企图实现一定程度的社会和经济平等——创造一个更加正义的社会。但是收入和财富的不平等与多种结果息息相关，其中最为重要的就是获得公用事业服务上的不平等，比如教育、保健，以及个人对直接影响他们的决策过程的参与机会的不平等。菲律宾社会结构的僵硬性历史地排除了在全部人口中重新分配权力和经济利益的可能性，社会秩序的不公正在不断加剧的社会紧张中变得越来越明显，1970 年代整整十年，以菲律宾社会的悲惨分裂开始。

1970 年代初，聚集中的暴风雨

参加 1934 年制宪会议的代表,对国内当时正在上涨的社会不稳定也不是不知道，于是就稍稍偏离了一点，没有僵死地照搬美国模式，在宪法中加上了社会正义条款。但这并没有防止随后一系列的暴力抗议事件的发生。

第二次世界大战中，农民运动势力大增，煽动性日强；大战后，在社会主义共产主义者的参与领导下，运动更是无限高涨。四十年代末五十年代初，一场由共产主义者领导的大规模农民起义迫在眉睫。然而，运动的骨干，在麦格赛赛总统暴力镇压和社会改良双管齐下的政策下，被搞垮了。

在这之后，对政府不忠情绪的公开表示告一段落；但是到六十年代末，国家表面上的政治稳定又开始让位于大量的社会缺陷。贫富之间悲惨的鸿沟在国民中产生了不可弥补的裂痕。与此同时，对下列事实的认识，即菲律宾人没能控制经济中的生产性资产，反而是那些庞大的跨国公司——许多为美国人所有——占据了经济的制高点，又使得经济民族主义在心怀不满的市民中死灰复燃。就在这期间，感觉迟钝的政府却还在将“膏腴丰肥之地”往一小部分人——与政治统治者结盟的宠臣们手里塞。

到 1969 年，游行示威和面对面的冲突开始打破马尼拉的平静气氛。许多人把希望的目光投向 1971—1972 年宪法会议,寻找避开这场一触即发的灾难

的办法。这次会议本来是为了修订 1935 年宪法而召开的。然而，冲突和紧张却被共和国诞生以来一件历史性的事件突兀地打断了。宪法会议是 1971 年 6 月召开的，正开着，1972 年 9 月 21 日，军法统治宣布了。军法统治是一个篡夺了宪法独裁权的总统宣布的，诡称为了救国。

美国思想和军法统治

美国宪法中的军法统治

菲律宾 1935 年宪法是照着美国宪法依样画葫芦描下来的,但有一点和美国宪法不一样。美国宪法几乎没有规定紧急状态；千真万确，美国宪法相当强烈地排斥这个概念。它授于国会宣战权（第 1 条，第 8 款），并授权在发生叛乱或外敌入侵、公共安全需要时，中止人身保护令之特权。宪法还授权总统为“ 合众国陆军和海军总司令，在各州民兵应征为合众国服现役时，为各州民兵总司令 ”（第 2 条，第 2 款）。宪法规定人身保护令只在发生叛乱和外敌入侵时可以被中止，但没说清楚中止是否仅限于直接受叛乱和入侵影响的地区，也没有指定发布中止令的政府机关。因此，当林肯总统没有任何国会授权，在全国多处，内战战区以及内战战区以外中止人身保护令时，他的行为受到了罗杰 · 托尼首席大法官的挑战。托尼担任巡回法院法官时，在 Ex parte Merryman 一案中认为中止人身保护令的权力，只有国会才享有。[20]

现在，多数宪法学者会同意，托尼是对的。值得一提的是，那以后国会特地通过法律，授权林肯总统在他认为必要时中止人身保护令。实际交战区或叛乱区以外地区的中止问题，最高法院在著名的 Ex parte Milligan[21] 一案中进行了考察。全部九名法官一致认为，总统不能在这种区域停止人身保护令状；而且五人多数还坚信，就是国会也不能这么干。最高法院说，只要法院的门还开着，只要法院能恰当地不受阻碍地行使它的管辖权，军法统治就永远不能存在。

自从南北战争以来，国会和总统都没打过在美国本土中止人身保护令状的主意。然而，1941 年珍珠港被袭后不久，夏威夷州长却在罗斯福总统同意下，将整个列岛置于军法统治下，不光是人身保护令状停止了，连普通法庭也被军事法庭完全取代，以简易程序审判平民的刑事罪。这种状态一直持续到 1944 年，在侵略的危机过去了很久以后，这时总统的一纸通令结束了戒严。战后，最高法院判决，夏威夷群岛这种对文官政府的全面压制是非法的。[22]

菲律宾的帝王总统制

菲律宾完全是另一副景象。尽管 1935 年宪法明确规定了人民的权利，大多数菲律宾人参加政治活动仍很消极，他们远不是政府最终权力的贮存所——像立宪民主制下的公民那样（尽管在最近的三个宪法中，“ 原则宣言 ”都有这等崇高的条文：“ 主权在民，政府的所有权力来自人民 ”）。

1935 年宪法延续下来的家长制政治结构的顶端，是总统，美国总统都比不上，扎实是个帝国总统。美国宪法只说“ 总统为合众国陆军和海军总司令，

各州民兵应征为合众国服现役时，为各州民兵总司令，”1935 年菲律宾宪法在赋予总统权力方面走得更远。宣布总统是菲律宾所有武装力量的总司令不算，还加上了以下决定性的句子：

> 无论何时，只要必要，总统可以召集武装力量阻止或镇压非法暴行、入侵、暴动、叛乱。在入侵、暴动、叛乱发生或有即将发生之危险，公共安全需要时，总统可中止人身保护令状之特权，或宣布全菲律宾或其任何一部分处于戒严状态。（第 7 条，第 10 款第[2]项）[23]

美国宪法是菲律宾 1935 年宪法及其后两部宪法的主要原型，但是，为什么菲律宾总统的权力比已经拥有庞大的宪法授权的美国总统还要大——并且大得多呢？据弗罗伊兰·巴库干（菲律宾大学法学院前院长）推测，1934 年制宪会议的代表之所以不害怕一个强人总统的原因，就是因为他们有在美国总督治下政府的生活的经验，而这个总督按照《菲律宾自治条例》拥有巨大权力——和后来赋予菲律宾总统的权力相差无几。[24]巴库干认为，1935 年制宪会议的代表们的想法是这样的：如果他们能与一个外国统治者（即美国总统）强加给他们的极权官员相处融洽。他们也就能与菲律宾人民自己选择的强权总统相处融洽。无论如何，家长制本来就是传统菲律宾社会的显著特征。1934 年，将潜在的专制权力赋予总统没有引起菲律宾人民多少注意。但是 1987 年，它引起了注意。

军法统治下总统权力的扩张

1972 年 9 月 21 日，制宪会议正在开会，总统发布了 1081 号令，宣布全菲戒严。戒严令控制下的制宪会议随后出台的宪法，有一个很毒辣的条文，唤作“过渡条款”。“过渡条款”规定总统发布的所有公告、命令、条例、指示以及法令，“都是国家法律的组成部分，都是合法有效的……即使在戒严令解除以后。……除非……被现任总统以后的……法令所废除或代替，或者，除非它被正常国民议会所明文、明确修改或废除”（第 17 条，第 3 款，第[2]项）。

马科斯总统把菲律宾置于军法统治下，这样他就不光能继续当总统，连不得第二次连选连任的宪法限制也取消了。按 1973 年宪法规定，他不仅被赋予总统的权力，而且还享有内阁总理的权力，在没有立法机关时还有立法者的权力，而立法机关已经被强令关闭了。

除了全国戒严后根据过渡条款所行使的巨大权力外，1976 年颁布的对 1973 年宪法（本身就是戒严体制引进的）的修正案，又给了马科斯总统更多权力。5 号修正案授权现任总统“继续行使立法权，直到戒严解除。”最要紧的是 6 号修正案，它规定

> 无论何时，若总统断定，存在重大紧急情况或重大紧急情况之威胁，或者无论何时，国民议会没有或没有能力对总统认为要采取立即行动的事件采取充分行动（无论什么原因），总统都可以为应付紧急情况发布必要的条例、命令及指示信，这些条例、命令和指示信都是国家法律的组成部分。

总统这种凌驾于公民生活之上的可怕权力可以从 1836 号总统令中看出来。这道总统令是在 1981 年 1 月 16 日——正式“解除”戒严的前一天发出的，尽管两年之后，1983 年 5 月才公布。它规定，“总统可以对任何人发布

逮捕令和拘留状，只要总统判断逮捕或监禁他是公共安全所要求的，可以作为平定入侵、暴动、叛乱或消除入侵、暴动、叛乱的紧迫危险的手段”（第1 款）。又规定“逮捕和监禁的人不得释放，直到总统或他适当授权的代表命令释放”（第 2 款）。

按此法令，总统全面控制了菲律宾每一个男人、女人、小孩的 274 自由，因为无需任何指控、起诉，所以也不允许法院和检察官的介入。所有的要求就一条：监禁或逮捕令是总统“按他的判断”即按照他个人的、绝对的自由裁量发布的。不允许保释，监禁期限不定，直到总统或其代表命令释放。

总统在军法统治下擅自攫取超常权力引起了以下后果——正如费利佩·米兰达所简要总结的那样：

> 在军队的协助下，政府重新进行了组织，以反映最高行政长官在菲律宾政治体制中无可置疑的地位。国会废除了，司法机关被剥夺了独立地位，所有公务员没有明确的任期保障。全民公决代替了定期选举，并被用来作为迎合帝王总统制的宪法修正案的正式合法性装饰物。迄至 1984 年，没有一次选举有一丝一毫作为抒发民意之举的可信度。政党统统被阉割，就是总统自己的党，Kilusang Bagong Lipunan（新社会运动），还不如说是一个个人运动，完全致力于总统一个人的政治进展。控制新闻界的，人人都知道是总统的支持者，时不时的向独立新闻迈进的试探一露头就被弹压。劳工组织不受欢迎(直到 1980 年，进工会的工人不足全体工人的 10%,而且大部分是公司工会或甜心工会），禁止罢工，促进产业安定，据称是吸引外资的一个关键因素。持不同政见者被干净利索地镇压了，大多数批评家按总统拘留令（PCOs）被捕，总统拘留令后来被预防性监禁行动（PDAs）和不定期羁押所代替，并且没有法律补救措施。
>
> 从 1972 至戒严令形式上取消的 1981 年，总统又成功地将立法、行政、司法之权集于一身，促成了一套更为驯顺的寡头统治体制的兴起。并将军队政治化，建立了一个完全听命于自己意志的政党，和一个批评功能大部丧失的新闻界。在同一时期，对传统私人企业的政府干预以至吞并也达到了顶峰。制糖和椰子业的垄断也产生了。由总统的铁杆支持者拥有或控制的“政治”银行，一度甚至被定为“准政府银行”，势力大长。[25]

1972 至 1981 年间，也是军队的政治化——一件菲律宾政治中或许是不可逆转的事件的发展期间。随着军法统治的宣布，许多高级军官成为文职政治大员的下级合伙人。

制衡原则的破坏

随着 1981 年宪法修正案的通过,菲律宾的总统制变成了货真价实的独裁制。直接源于美国宪法的制衡观消散了。1981 年修正案说，总统制定国家大政方针。修正案又说，政府的纲领应“得到总统同意”，“总理和内阁要向 BatasangPambansa（国民大会）负责”（第 9 条，第 2 款）。在此情形下，立法这一块不可能发展成一个制约总统的机构，司法机关也不可能正常地行使司法审查的功能。

根据 1935 年宪法建立起来的司法体制在很多方面学美国的样。照 1935

年宪法，在裁决政治体制的正式和非正式方面之间的争端、调解解决问题和宪法限制之间的争吵的正式结构中，最高法院是最重要的部分。立法人员和行政人员在抨击或维护某法律时，不断提到该法的合宪性问题，由此可以看出最高法院的影响。

军法统治下一切都变了。戒严令的宣布使得最高法院独立性的名声大为降低。最高法院没有判决任何与总统的地位直接对抗的重大案件。军法统治下，司法独立大幅度地让位于司法默从。随着总统对行政至上的要求，司法机关也就就坡下驴，以此为借口放弃了自己的权力。在 1983 年标志性的 Carcia-Padilla v.Enrile 一案中，最高法院自贬道：

> 最高法院日益温良恭让，几乎不能很好地担负起制约、撤销或取代总统行为的职权。在这些时刻，总统握有全权，是因为国家、政府（以及附带地，包括法院）正处于存亡绝续的危急关头。总统只对人民、上帝和他自己的良心负责。[26]

有时候最高法院也要到政治问题学说中寻找避难所。只要提交到最高法院的问题能被描述成政治问题，不管逻辑多牵强，最高法院会马上把它当作政治问题不予处理。[27]有时候，最高法院又将公民投票的结果等同于“ 人民的意愿 ”。[28]

就这样，通过对总统的行政及立法行为的预先合宪性假定，最 276 高法院采取了一种“ 不把船搞翻 ”的立常直到 1983 年，前参议员小贝尼格诺·阿基诺被公开刺杀、大规模的群众抗议示威发生后，最高法院的立场才有所松动。极权统治的结束是从阿基诺遇刺开始的。刺杀事件几乎直接导致马科斯统治的崩溃,这种崩溃在马科斯丢人现眼逃往美国以躲避被 1986 年选举中的大规模欺骗和恐怖主义激起的人民的怒火之际达到高潮。

回到民主程序之路

美国宪法思想对 1935、1973、1987 三部菲律宾宪法的渗透性影响是不能否认的。其间美国宪治民主的特性很明显。就是在对三部宪法的权利法案所列举的各项权利的修修补补中，依然很容易就能发觉美国宪法各项修正案的清晰映像（戒严令及其宪法变态除外）。

除了美国宪法种种，美国《独立宣言》的革命观似乎也在菲律宾发现了生根发芽的肥沃土壤。《独立宣言》确认，人民有权推翻不再服务于自己利益的政府。人民革命推翻了马科斯的统治，结束了持续 13 年之久的宪法独裁主义。就在独裁者逃离这个国家的那一天，一个尊重公民权利、获得了人民支持从而具有了合法性的政府上台掌权了。

新政府显示了它对人权的尊重，不仅任命了五个顶尖的人权支持者为内阁成员，另外四人为高级行政官员，而且在新总统宣誓就职 48 小时内，批准加入《公民权利和政治权利国际公约》及公约的任意选择议定书。据称应对马科斯政府统治期间多起蹂躏人权事件负责的国家安全情报局和总统安全司令部被下令解散。在棉兰老，人身保护令恢复了，那儿曾经是反叛乱行动的前沿。

下一个重大步骤是给五百多政治犯大赦，以为推动全民和解统一之政策的具体表示，并停火 60 天，准备和暴动者就大赦进行协商。如果说停火并没有成功地达到它的目的——协调各种关于菲律宾社会的目标应该如何如何的

互相冲突的意见的话（从而也就没能把群山中出没的菲律宾共产党带进法律的围栏），停火至少是新政府方面一次值得赞赏的努力。

1987 年宪法 277

新任总统从 1000 个被提名者中任命了 50 人作为宪法委员会的成员；其中包括反对党的四个席位。1986 年末，宪法委员会完成了宪法草案的起草工作。1987 年 2 月 7 日是 1935 年宪法的 52 周年纪念日，这一天新宪法在全民投票中以压倒多数通过。

随着新秩序的建立，宪政民主又正式回到了菲律宾。1987 年宪法的主要方面，尤其是权利法案和总统制，全部源于美国宪法 但是一些美国从未碰到的问题仍然存在。

军队问题

回到民主程序的崎岖道路上，一个可能的不稳定因素就是已经膨胀起来的军队。确实，对军方实际上可能统治国家（像军法统治时期那样）的担心，促使宪法委员会在新宪法中加入了各式各样的条款，以防止军方攫取过多的权力。不过，关系到新政府之存亡的许多重大的决定性事件证明，到目前为止，武装力量还是政府的保卫者，当然由此也可以推论，武装力量同时也能打破阿基诺总统的这个难以驾驭的政府中的力量平衡，除非军人职业化能在武装力量中重新建立，就像宪法所要求的那样。然而，就是到那时候，也没有哪个会认为把满脑子安全问题的武装力量——特别是那部分鼓噪建立辅助军事力量和反恐怖武装的军人——强迫性地置于政府的完全控制之下，不是一件吓人的难事。马科斯总统虽然被废黜了，但他一手提拔到现在职位上的大批军官对他的藕断丝连的忠诚，给阿基诺政府的“ 军队问题 ”又增添了一层麻烦。

反叛的威胁

另外一个对菲律宾刚刚重建的民主秩序构成威胁的是境内的反叛。1954 年，经过政府军三年围剿，意识形态反叛的人数下降到 4000 人，到 1965 年费迪南德 · 马科斯成为菲律宾总统的时候，人数进一步减少，只剩 300 名游击队员和几百名同情者。1950 年代共产党人提出的问题还只限于与土地有关的不公和暴 278 行，1970 年代以来，就从纯粹的与土地有关的问题扩展到侵犯人权、赤贫、军队的欺凌——以及令人吃惊的要求政治权力的分享。

在总共 23000 名武装的意识形态反对者中间，有大约 10%是死硬的共产党人，他们死也不会接受一个非共产主义的政权。因此他们将会对公共秩序造成威胁。马科斯是一个激烈的反共分子，倾全力企图把反对者统统粉碎，却沮丧地发现，反对分子的数目同时以几何比例快速增长。应记住，隐藏在群山中的许多的人，若不是军法统治下侵犯人权的牺牲者，就是民族主义人权斗士或者关注社会的个人，他们要的只不过是免遭美国军事基地压迫的自由，或者真正地为农民实行土地改革。他们中的有些人，只不过是百年前民族英雄里萨尔的小说里的卡贝桑 · 泰尔斯和埃利亚斯的现代翻版，在那些故

事里，压迫迫使人们不顾一切地，以他们自己的方式为公道而斗争。

恐怖主义的增长无疑是政府面临的一大问题。当然，正如伦敦国际关系研究所最近指出的那样，人们不应当把恐怖主义看作是一个孤立的现象。只要被压迫的群体无法使人们从别的渠道倾听到他们的声音，恐怖主义就将继续存在。然而，“ 事出有因的恐怖主义 ”罪刑化的过程加强了它。而这对政府正在采取的更多的安全措施又起了催化剂的作用——动用更多的人员和武力以控制这种威胁。

穆斯林的反叛是另外一个问题。菲律宾境内的穆斯林，人数大约有 300 万（菲律宾总人口为 5600 万），大部分聚居在棉兰老岛。菲律宾穆斯林的大部分是忠于政府的,但是有几个团体和派别在过去 20 年中一直断断续续地跟政府开战，他们的要求从更大的宗教自治一直到彻底与菲律宾分离。

广泛参与的持续需要

总之，一个一直存在的问题是，伴随着菲律宾国内现存的不平等（财富上的和权力的）的是人民对政治和行政程序缺乏参与。从整个选举一直到和平革命，人民群众被唤醒的政治意识确实表露无遗。但是无论如何，这次革命仍然算不上是一次社会革命。这次革命虽然有一个多元主义的民主外表，实际的支配者还是城市中产阶级和实业界或曰资产阶级。政府中的高级职员，广大群众想都不敢想，更不要说得到了。1896 年菲律宾革命的领导人是 ilustrados，美国人来后殖民政府的领导人是 ilustrados，革新主义政府的新领导人，还是来自社会的中上阶层。而与人民大众无缘。第一届内阁中，农民阶级和工人阶级就没有什么参与，在宪法委员会甚至重新召开的国会中，也见不到他们的影子。

从世纪之交以来，在长期存在的社会和经济不平等下，传统的共和政府的原则在菲律宾的政治场景中一直不能很好地运作。地方精英一直支配着立法过程甚至宪法制定。就是在 1986 年二月革命之后,那个孕育了社会不满(不光是政治不满）的结构依然纹丝未动，并继续运行。传统的政治党派，尽管幌子变了，标签变了，所做所为还是拚命把群众排除在权力角逐之外，使竞选只在精英当中进行。

庆幸的是，1987 年宪法反映出对这个问题的一些敏感性。作为对美国政府制度的又一次偏离，1987 年宪法规定了一种政党名单制度，名单上是经过登记的全国性的、地方性的及来自各界的党派或组织。[29]1987 年后，连续三届，政党名单代表将占到众议院代表的 20%，分配给政党名单代表的一半议席将由劳工、农民、城市贫民、土著文化少数民族、妇女、青少年中挑选或推选的人士充任[第 6 条，第 5 款第（1）项及第（2）项]。

上文已经解释过，1987 年宪法一个最为突出的特点是它包含了关于社会正义和人权的完整条款，其思想和具体规定在美国宪法中均无表述。宪法一开头就对此有所概述：国会应对维护和提高全体人民对于尊严的权利，减少社会、经济及政治不平等，为了共同福利而公平分散财富和政治权力以消除文化上的不平等这类措施给予最高的立法优先权（第 13 条，第 1 款）。规定还包括给予劳工全面保护的进步主义条款：自我组织的权利、和平地采取一致行动的权利、根据法律举行罢工的权利；其它条款包括落实农业改革计划、保护小渔民权利；通过一个持续的城市土地改革及住房计划；通过一个全面

的保健服务发展办法；保护劳动妇女；尊重独立人士的组织作用；牢记刚刚结束的军法统治的恶梦，保护人权，设立一个名为人权委员会的独立宪法机关（第 13 条），等等。作这些规定，目的是为了落实明文规定的、国家应在国民发展的所有方面促进社会正义的政策（第 2 条，第 10 款）。经济目标明确定为：更均匀地分配机会、收入和财富；国家为了人民的利益所定的目标、所提供的服务持续增长；把扩大生产作为提高所有人，尤其是穷苦大众的生活质量的关键，等等。

菲律宾宪法的这些崇高理想与美国宪法所树立的理想有很大差别（美国宪法毕竟只反映了十八世纪的有限政府观点）；但这是实现把菲律宾社会拢在一起的艰巨任务的关键。虽然对于一个真正公正人道的社会的创立——在这个社会里，所有公民都能实实在在地参与到影响他们日常生活的决策过程中去——目前存在的巨大障碍仍很强固。实事求是地说，宪法在某种意义上对民主社会主义有所承诺。但是，正如一位印度学者所指出的那样，[30]宪法所确立的资本和私人社团主义，以及宪法作为基本法未能提出阶级剥削问题，回答共产主义的挑战，肯定不能让“小民”满意。这些“小民”包括那些无地的农民和农场工人，包括勉强■口度日的农民、渔民以及承领政府公地者，宪法立意要保护其权利的土著文化共同体和其它劳苦群体也不会满意。

结论

美国宪法观念对菲律宾的影响一直很广泛。这种观念导致了总统制政府和三部门间内在制衡关系的建立。作为三部门之一的独立司法机关是临时性制约民意的法律有效性的工具，它也使所有的人——即麦克尔万说的：“醉者和醒者”[31]都有可能诉求。

权利法案是美国宪法的一大遗产，是人民的公民权利和政治权利的保障，保证着个人尊严和他们的传统自由权利。1935 年的菲律宾宪法经过了两次修订，但是公民权利和政治权利在后来的 1973 年和 1987 年宪法中都得到确认。菲律宾权利法案是调整和保持意志和法律的脆弱的平衡（宪政的中心问题）的一个重要机制。

然而，有限政府作为自由民主制标志的观念很容易受到限制。国家对社会福利承担越来越多的责任反映了一种新的、借助政府取得自由的哲学。

因此，在我们这个时代，更全面地实现人的自由要求我们像强调公民权利和政治权利那样强调经济、社会和文化权利。在菲律宾，真正的民主过程是，或应当是一个解放的过程，在这个过程当中将产生一些条件，使所有人，特别是那些现在受压迫的、被边缘化的人能够确定他们自己的需要，流通他们自己的资源，塑造他们自己的未来。只有当菲律宾社会弥漫的统治和依附关系——这种关系从里萨尔时代以来几乎没有改变——在政治意愿的巨大努力下有所松弛，美国《独立宣言》中所表达的“人人生而平等”的光辉思想在这种努力下至少是接近实现的时候，这些才能实现。

注释

[1]Alejandro M.Fernandez，The Philippines and the United States

（QuezonCity：NSDE，UP Integrated Research，Program，1977），p.64. 关于“训令”的原文，见 J.M.Aruego，The Framing of the Philippine Constitution （Manila：University Publishing，1949）2：755—1087。

[2] Felipe B.Miranda，“The Political System and Nation-Building in the Philippines，”paper delivered at the Workshop on the Ploitical System and Nation-Building in Association of South East Asian Nations，Hotel Oberoi Imperial，Singapore，January 23—25，1986；O.D.Corpuz，The Philippines（Englewood Cliffs，N.J.：Prentice-Hall，1965）.

[3]39 Stat.545.

[4]48 Stat.459.

[5]Jose Aruego，The Framing of the Philippine Constitution （Manila： University Publishing，1949）.

[6]James Madison，Federalist Papers，No.39.在两个宪法之后，由于1972 至 1986 年间噩梦般的极权主义统治，1986 年宪法委员会对这个表述稍稍做了修改，称菲律宾为“民主共和”国（第 2 条，第 1 款；重点号是作者加的）。宪法委员会把一个参与性的社会想象成一种最美好的社会是修改的第二个理由。

[7]第三个宪法是 1971 至 1972 年间（当时国家遭到军法统治）起草的，起草伊始就偏离了政府总统制。第四个宪法（1987）又回到总统制。

[8]Jean Jacques Rousseau，Social Contract（1762）.

[9]第四个宪法是 1986 年由一个接替了军法统治的政府组织的宪法委员会起草的，1986 年宪法明确重申：“国家尊重每个人的尊严，保证充分尊重人权”（第 2 条，第 11 款）。人民在军法统治期间所受的创伤使这一确认更为迫切。那时候，一个极权主义的政府抛弃了宪政民主的所有基本原则，随心所欲地侵犯公民的人权。

[10]见 Salvador H.Laurel，ed.，Proceedings of the Philippine Constitutional Convention（Manila：lyceum Press 1966），vol.7 appendix L，p.800。

[11]Enrique M.Fernando，“The American Constitutional Impact on the Philippine Legal system，”in Lawrence W.Beer，ed，，Constitutionalism in Asia（Berkeley and los Angeles：University of California Press，1979）

[12]这正是 1987 年宪法规定人民和组织有效地合理地参与到社会、政治、经济决策的所有层次的权利不得剥夺（第 13 条，第 16 款）的原因。不过即使如此，1987 年宪法看来也不像是要通过承诺鼓励民众组织以着重解决现存的民众缺乏参与的问题。它只是说，国家应当鼓励非政府的、群众性或地区性的组织提高国民福利（第 13 条，第 15 款），促进充分协商机制的建立（第 13 条，第 16 款）。这当然是 1935 年来的巨大进步。尽管人们还可以希望宪法对创造参与政体以更大的承诺。

[13]Heirs of Juancho Ardono v.Reyes，G.R.No.60549 及 Nos.60553-60555，125 SCRA 220（1983 年 10 月 26 日）。

[14]1981 年宪法一字不落地重复了这一条。

[15]蹊跷的是，受命制定 1987 年宪法的委员会在商议这部军法统治结束

后的新宪法的时候，这个问题并没有像以前那样被积极地提出来。根据某些宪法委员会成员的说法，菲律宾社会的所有阶层在宪法委员会都没有被充分地代表。委员委拉考塔断言，委员会的四十八名成员中，有十个人是地主，不止三个人是地主后裔，只有一个人代表农民。

（见 Wilfredo V.Villacorta，“Salient Features of the PhilippineConstitution，”在弗里德里希·诺曼基金会上发表的演讲，波恩，1987 年 7 月 1 日）。委员会的工作时间极其紧迫是另一个原因。1971—1972 年制宪会议在商议被戒严令突然打断前还工作了十五个月，而 1986 年委员会只有三个月时间完成使命。

[16] 比如，C.A.Beard，An Economic Interpretation of the Constitution of theUnited States（New York：Macmillan，1913）。

[17]Madison，Federalist Papers，no.10.

[18]比如，参见 M.R.Cohen，“Property and the Sovereignty”，in Law andSocial Order（New York：Harcourt，Brace，1933）；R.H.Tawney，The Acquistive Society（New York：Harcout，Brace，1920）。

[19]社会压力促成了 1987 年宪法中不再强调绝对主义的财产观念。1987 年宪法规定：“国会应对维护和提高全体人民对尊严的权利，减少社会、经济和政治不平等，为了共同目的均分财富和政治权力以消除文化上的不平等这类措施给予最高的立法优先权。为此，国家应对财产及其增值的取得、所有、使用和处分进行管理”（第 13 条，第 1 款）。问题在于如何贯彻执行这一原则。另外，最后一句是对 1973 年宪法中一个规定的解说。

1987 年宪法中还有这样的规定：“财产之利用担负社会功能，所有经济活动者都应为共同福利作出贡献。个人、私人组织包括公司，有权拥有、建立、经营经济企业，但要服从于国家促进分配正义、应共同福利要求进行干预的义务”（第 12 条，第 6 款）。1987 年宪法接着规定了农业改革和自然资源改革，宣布国家有义务“激励地主把农业改革项目的收益进行投资，以促进工业化，创造就业机会，对公有企业进行私有化”（第 13 条，第 8 款，着重强调是作者加的）。似乎这还不够清楚似的，这一款又接着规定了一个关于资本的特别宪法惯例：“支付地价的财务票据应像自主选择的企业股票一样承兑。”这一款的法律基础是第 2 条，第 20 款，其中规定国家“承认私有部门的不可缺少的作用，鼓励私人企业，激励进行必需的投资。”

[20]Fed.Case No.9，487（1861）.

[21] 4Wall.2（1866）.

[22] Duncan v.Kahanamoku，327 U.S.304（1946）.

[23]由于对军法统治期间失去控制的总统制对国家造成灾难的记忆，1987 年宪法对总统特权进行了若干削减。按照新宪法，外敌入侵或叛乱的紧迫危险不再是中止人身保护令的理由。而且，在发生外敌入侵或内乱的情况下，公共安全要求时，总统中止人身保护令、施行戒严不得超过六十天，宣布戒严中止人身保护令特权后四十八小时内，总统得向国会报告，国会可以取消中止令或这一宣布，也可以延长之（第 7 条，第 18 款）。最后，根据已经确立的、推翻了菲律宾最高法院在军法统治期间所做的几个判决的学理，1987 年宪法明智地规定，戒严状态不中止宪法的执行，不取代普通法院或立法大会的职能，不把普通法院完全可以做到的对平民的司法管辖权授予军事法庭或军事机关，不自动中止人身保护令（第 7 条，第 18 款）。见 Antonio

Barredo，“Martial Law and the New Constitution，”in A.Caesar Espiritu,ed.Philconsa Reader on Constitutional and Policy Issue（Quezon City：U.P.Law Center，1979），pp.713，722；Carcia Padilla v.Enrile,21 SCRA 172 （1983）。

[24]Froilan M.Bacungan，“The Constitutional Powers of the President：An Overview，”in Froilan M.Bacungan，ed.，The Powers of the Philippine President（Quezon City：U.P.Law Center，1983）.

[25]Miranda，“The Political System and Nation-Building.”

[26]Barredo，“Martial Law and the New Constitution，”pp.713，722；Carcia Padilla V.Enrile，P.172.

[27]见 Javanella 一案，50 SCRA 30（1973），pp.168—169，171；Philippine Bar Association et al. v.The Commission on Elections et al，GR No.72195（1985 年 12 月 19 日）及其它联合申诉，1985 年 12 月 19 日。

[28]比如见，The Plebiscite Cases in Martial Law and the New society（Manila：Philippine Supreme Court，1979），pp.239ff。

[29]在“政党名单”制下，每个党都提交一个候选人名单，按重要性排序。选民选一个党派而不是某些特定的候选人，每个党派一般按其在总票数中的份额获得一定席位。

[30]Upendra Baxi，“The Third Constitution of Philippines：A Passive Revolution？”亚洲人权组织联合会上发表的演讲，马尼拉，1987 年 6 月 16 日。

[31]C.H.McIlwain，Constitutionalism：Ancient and Modern（Ithaca: Cornell University Press，1947)，p.146.

十一波兰历史上的宪政与权利

维克托·奥夏汀斯基

在东欧各国中，波兰是独树一帜的。波兰人民对待人权概念的态度便是这种独特性的一个方面。

远在第一个殖民者到达美洲之前，个人权利与自由的观念就在波兰土地上萌生了。早在十六世纪，波兰贵族就提出了一种关于权利和有限政府的哲学，这对英国的自由倡导者产生过影响，并可能间接地影响了美国的缔造者们。[1]在波兰，这种哲学体现在 1505 年第一部成文宪法以及用以限制国家权利、保障贵族自由的“基本法”之中。

这个共和国的每一部宪法性法律都以列出对国王权威的诸般限制打头。“自由是第一宗旨；权利次之，最后才是国家的利益”。[2]在这种只有少数特权阶层的人享有权利而且以对农民的奴役为基础的政体中，贵族对自身自由权的狭隘关怀导致了无政府状态，并使王国最终丧失了独立性。不过，自由的观念在整个割据时期被波兰贵族们保存下来，此后，又存续于那些在十九世纪成为智识阶层中坚力量的人们中间。从那以后，这个智识阶层一直在波兰社会中扮演着主导性的角色。这样，一种强大的个人自由、个人权利和有限政府传统使波兰同其他所有东欧国家相比具有了某种独特性。

波兰还因其与美国的紧密关系而显得独一无二。美国为上百万的波兰移民提供了面包，并庇护了数以千计在起义失败后逃来该国的政治避难者。自从美国《独立宣言》诞生之后，美国观念一直影响着波兰政治思想的发展以及整个波兰社会的世界观。知识精英们把美国看作一种进步性的文明；政界英才们向美国寻求宪政指导；政治反对团体以受美国启发的民主论断和价值作为它们斗争的依据；而普通民众则把美国看作一个充满经济机会和政治自由的国度。在最近的两个世纪中，这些观念已经在波兰的小说、诗歌、自传和社会评论中得到表现。这些作品对波兰人社会和政治意识的发展起到了一定作用，并在十八世纪到二十世纪早期激发起了关于政治和宪法的讨论。

尽管存在长期的自由传统和美国自由观念的持续影响，这对波兰历史事件及法律文件的形成并没有产生有意义的作用，尤其是在人权方面。个人自由的传统似乎在波兰文化中蛰伏起来了。贵族共和国的没落使人们对个人权利的观念产生了怀疑，这可以说明为什么波兰人直到最近仍未对体现在美国宪法中的个人权利观念产生特别的兴趣。作为替代，他们用适应于波兰特殊地缘政治、历史和社会现实的术语来定义自由。“美国式的”自由首先被理解成一种民族自由，那就是作为一个独立国家的权利。它也意味着社会平等和民主，但民主被简化为多数人作主，对少数人或个人权利的充分尊重受到忽视。

概而言之，波兰政治文化在过去两个世纪中吸收了美国宪政主义的许多观念，但对个人权利概念却加以拒斥。不过，在最近四十年中，波兰社会的复杂变迁为个人权利观念的影响敞开了大门。这一逐渐“重新发现”个人权利观念的过程便是本文的主题。

美国观念对前社会主义时期波兰的影响

美国独立战争时期美国宪法在波兰的影响

当北美殖民地区正为独立而战以及制宪元勋们在为美国起草宪法之时，波兰正试图维护自己自 1772 年第一次分裂之后的独立。贵族们的“金色自由”实际上把那时的波兰变成了一个各领主国组成的联邦，而不是一个有统一治权的机体；现在，一群开明贵族、牧师和市民在王室的支持下打算从限制那种自由着手来对共和国进行一场改革。改革者想通过引进世袭君主制来强化国家力量，授予市民们政治权力并废除农民们的农奴身份。他们的改革计划在 1788 年—1791 年的“四年议会”期间得到充分的发展。改革者和会议的进程都受到美国所发生事件的巨大影响，波兰政治论坛上各主要阵营的发言人都经常提到这些事件。[3]

想要强化领主权利的守旧者们以 1787 年美国宪法为据来反对强有力的世袭君主，为既存的体制辩护。他们强调权利和自由观念，散布美国人用来为他们进行革命的权利辩护的政治和哲学言论。守旧者们利用这些概念来反对“四年议会”的改革并维护贵族的无政府状态。

对于那些希望建立立宪君主制并在维持贵族优先权的同时赋予市民有限的权利的改革者们来说，美国所发生的事件在宪政和社会变迁两方面都为他们提供了样本。改革者们批评《邦联条款》，因为它没有创立一个强有力的政府，改革者只注目于 1787 年美国宪法中的立法机构，而对选举产生的总统则视而不见，因为这和他们努力推荐的用以强化国家的世袭君主制相冲突。

改革者们最常强调的是美国革命的社会方面。在他们看来，美国主要是一种新型的国家，是一个没有特权阶层、所有的人民都享受同样的权利和尊严的自由国度。改革者们也把美国作为宗教和政治宽容的典范，并引用它来卫护宗教上的不同见解。

对于波兰的改革者们来说，美国是一个政治平等的范本；其中的激进分子把美国革命和 1787 年宪法视为实现政治平等的模式。他们倡议波兰接受《弗吉尼亚权利宣言》诸原则。他们希望这些原则不仅使农民得到自由，同时为社会变化打开渠道，使波兰变成一个以才能而不是世袭特权为基础的社会。

1791 年 5 月 3 日通过的宪法是改革者们的一次胜利。塞伊姆（Sejm）或议会享受立法权，以国王为首的“护法者”（Straz Praw）行使行政权，还拟议建立独立的司法机构。这部宪法建立了一种贵族的立宪君主制，但它废除了自由选举制（liberal veto）和结盟权，没有财产的贵族还被剥夺了参政权。市民们没有被赋予选举权，但他们可以派代表进入议会（Sejm，）而且，市民们也有获得贵族身份的公开渠道。它没有废除农奴制和徭役，也没有授予农民们任何权利，但承诺他们“受法律保护和国家管理。”它确认罗马天主教为官方宗教，但也给予其他宗教以自由。

1791 年宪法没有单一地追随任何一种外国模式，但它的确受到英、法和美国模式的影响。[4]世袭君主颇类于英国；政府构成及以立法为主导的分权酷肖 1791 年法国宪法。不过，这部波兰宪法不像法国宪法那么激进，尤其是在社会事务方面。在这方面，它更接近于美国宪法。它与美国宪法还有某些形式上的相似之处。这两份文件所宣称的目的几乎是完全相同的，[5]这种亲属关系不是偶然的，因为两部宪法都反映了宪政、社会契约、分权、司法独立以及（实际上的）参政财产资格等观念。两部宪法的起草者们都对人权表

示尊重，通过或打算通过单独的宪法性立法来规定权利之授予。[6]

在美国，个人权利受到国家宪法和全国性的《人权法案》的保护，后者在宪法的批准过程中就许诺推出了，并在 1791 年实际通过。而在波兰，允诺颁行的人权法案从未出现,因为改革者及其宪法所取得的胜利是短命的。1791 年宪法被俄国和普鲁士认为是不能容忍的，与此同时，波兰地主也组成了“ 塔尔哥维查同盟 ” 来反对国会和国王。在 1792—1793 年俄波战争及波兰第二次分裂之后，这部宪法便作废了，贵族的 “ 金色自由 ” 得以恢复。

第二次分裂引发了一场全国性的起义，这场由塔代乌士 · 科希秋什科领导的起义于 1794 年 3 月爆发。作为一个参加过美国独立战争的将领，科希秋什科深深受到他在美国所看到的政治和社会观念的影响。在组织这次起义时，科希秋什科指出 ：1791 年宪法太过温和了，波兰应当按照美利坚合众国宪法的模式来组建。

科希秋什科起义的目的是维护波兰国家。不过，起义的领导人们也认识到“ 除非全民都武装起来，否则无法同人数惊人的敌人相抗衡 ” 。[7]通过立法活动，起义带来了一场史无前例的社会变革。农民被赋予了充分的政治权利和自由，农民和市民都可以参军，还有许多市民在起义政府中扮演着活跃的角色。

激进的社会改革、起义中广泛的群众参与、爱国主义领袖中强有力的雅各宾派的出现以及针对许多地主-叛徒的自发的恐怖活动,所有这些都使某些历史学家相信 :在起义时期,“ 法国革命的经验使美国革命的经验黯然失色 ”。[8]其实，这场民族起义是波兰历史受美国直接影响的一个清楚例证，但渗透在起义中的不是美国宪法而是美国独立战争的精神。[9]这主要应归因于科希秋什科的个人经历。他依照美国样式来组建军队，并借用了他的偶像及美德之象征——乔治 · 华盛顿将军的指挥风格。在起义的政治领导层中，科希秋什科反对波兰雅各宾派追随法国模式的倾向，拒绝把起义变成一场浩劫。当一伙暴民在华沙和维尔诺绞死波兰卖国贼时，他坚决表示抗议，并下令遵循法律规定的刑事诉讼程序来处理刑案，以反对这些暴民领袖。这些以及其他一些措施使波兰起义免于沦为一场骨肉相残的战争并保护了这场民族独立战争的 “ 美国 ” 特性。

民族独立与平等是科希秋什科起义的两种主要价值取向。起义过后，这些价值观在波兰被认为主要是美国价值观、并且是美国对社会和政治理论的最大贡献。自 1794 年之后，美国已被波兰人民当作一个成功地争取到民族独立的典型和一个社会与政治平等的象征。

美国观念在波兰，1795—1939

十八世纪最后 25 年发生的事件决定了波兰以后受美国影响的形态。科希秋什科起义失败之后，波兰第三次被瓜分并从此失去了独立。直到 1919 年，波兰的领土仍由俄国、普鲁士和奥地利分占，波兰人民也便分处于三套不同的异国法律制度统治之下。波兰人继续为民族生存和独立而抗争。他们满怀希望地加入拿破仑的军队，指望他能创造一个独立的波兰国。在以后几次流产的起义中，鼓舞波兰人拿起武器的也正是民族自决这一目标。

在 1830—1831 年起义中，农民拒绝援助贵族起义者，起义失败了；这说明任何旨在重获独立的暴力尝试都得有群众支持。而要想获得这种支持，只

有向农民许以人身自由和拥有土地的权利。结果，在 1831 年之后的大多数波兰政治事件中，民族独立都直接同社会变革联系在一起，而波兰的政治思想也受到大众化的社会平等与正义观念的强烈影响。波兰民粹主义包括对人民民主的向往、反个人主义、对特权和显著的经济不平等的憎恨以及这样一种权利观：权利是一种利益，它有赖于人们对自己社会责任和义务的履行。[10]

由于四分五裂的波兰所处的环境，美国宪政思想对它的影响是有限的；法国的社会革命和乌托邦社会主义思想显得更有吸引力。但是，美国的自由观念未尝从波兰政治文化中完全消失，尽管有时它顺应波兰人所感受的需求而改变了自身的形态。在整个十九世纪，美国思想一直影响着波兰的民族自决观念，关于国家体制的辩论以及个人自由，就如同在“四年议会”和科希秋什科起义期间那样。

对波兰人来说，自由这一概念仍然主要意味着民族自由。在 1820 年代的波兰浪漫主义作家们看来，美国“不仅仅是政治自由之福祉的显著表征，还的的确确是欧洲的未来解放者”。[11]怀着这种罗曼蒂克的憧憬，1830—1831 年起义的领袖们本指望美国能为波兰人的自由之战提供支持。未曾得到这种帮助使波兰爱国者们感到失望，美国作为“自由之邦”和波兰民族自由斗争之象征的神话也暂时消褪了。但在 1917 年，当伍德罗·威尔逊总统承认波兰的独立权时，这一神话又重新出现。在 1830—1831 年起义之后为波兰国之重生而不断奋斗的岁月中，波兰知识界和政治领导人仍旧时常回到各种各样的美国宪政观念中去寻求启发。

波兰国家的组织：联邦制和少数民族权利

在为恢复波兰独立而斗争的整个过程中，几乎所有波兰政治领导人都想要在第一次分裂前的波兰疆域范围内重建一个独立的国家。由于在这片土地上居住着好几个大的种族群体，其中包括立陶宛人、白俄罗斯人和乌克兰人，因此重建波兰的计划中时常包含有解决严重“民族问题”的方案。波兰的民族主义者们通常都“未能辨明生活在这些土地上的默默无闻的农民们之间基本的民族差异”；[12]但有人提议仿照美国样式以联邦形式来组织国家，以保护少数民族权利。这种观念是由一群在 1830—1831 年起义之后逃往国外并进行激进的“人民复仇（Zemsta Ludu）”运动的政治避难者在 1832 年提出的。

几十年过后，当两个不同的政治团体——波兰民粹主义运动激进派和波兰社会主义党——分别提出其建国方案时，又都想到了联邦制。但是，联邦主义的倾向受到一系列波兰民族主义运动的强烈抵制，后者的思想在 1918 年波兰重获独立时占了上风。而且，根据《凡尔赛和约》，少数民族的权利拟通过其他的机制来保护。因此，为刚刚独立的波兰拟定宪法的 1919—1921 年立宪议会否决了一项旨在以美国为模式将波兰转化为一个由 70 个地区组成的联邦国家的建议。[13]

个人自由权与企业自由

从一开始，美国宪法就对波兰企业家和支持波兰发展资本主义的一部分贵族的政治思想产生了强烈的影响。对资本主义在波兰的最早拥护者斯坦尼

斯瓦夫·斯塔西茨和尤利安·乌尔森·涅姆采维奇来说，美国宪法中确立了一些他们认为波兰应当采用的原则。涅姆采维奇在评论美国宪法时曾以有限权力和支持个人自由来说明政府的目的。个人自由和受宪法约束之政府在波兰自由主义思想中得到了明确的表达，其主要代表是 1820 年代的文岑特·涅莫耶夫斯基和晚一代的布罗尼斯拉夫·特伦托夫斯基。到了十九世纪下半叶，当姗姗来迟的工业化进程在波兰展开时,波兰自由主义哲学家们却为约翰·斯图加特·密尔的父权论思想所吸引，疏远了强调个人自由和权利的美国理论。他们相信自由主义的自由权只能靠一个强大的中产阶级来支持，而这一阶级在波兰并不存在，因此这些自由主义者赞同进行一些“为了人民利益”的但没有人民参与的有限改革。这样，在十九世纪后半叶的波兰自由思想中，利益观念代替了权利概念，精英论和自上而来的指导代替了民主参与，慈悲为怀的父权国代替了有限政府。其时，波兰的大多数工业家都完全放弃了自由主义思想，转向激进民族主义、反犹主义和精英主义的叫做“民族民主运动”（Endecja）的社会运动。“民族民主运动”的活动日程中几乎没有给自由和个人权利留下任何位置。

不过，工业化的拥护者们还是时常提起美国，把它看作一个进步性的工业国。他们看到了美国革命的温和个性，认为它可以作为激进的社会主义和民粹主义要求的替代品，有时主张采用“能把我们从社会主义中拯救出来”的美国式宪政体制。[14]

具有讽刺意味的是，他们的思想同曾经热心传布美国个人自由观念的波兰社会主义者的思想并没有严格的区别。遵照追求西欧社会民主的“哥达纲领”，波兰社会主义党于 1892 年放弃了暴力革命的念头；代之以谋求创立一个自由民主共和国，并将自由概念扩展到涵盖许多社会、经济权利的程度。在民主权利和政治自由的范围内，波兰社会主义者们常常引用美国宪法的思想，他们认为它是资本主义国家在最进步阶段的产物，这时资产阶级仍在为人权而斗争，社会的平衡尚未因垄断的出现而受到扭曲。

波兰社会主义者们在两个问题上远离了美国政治观念。首先，在十九世纪末，美国宪政思想不再能为社会主义者们的社会和经济权利要求提供理由。其次，由于社会和经济权利之取得有赖于政府而不是与政府无关，由于政府为工人的利益而授予经济、社会权利是波兰人民获得这些权利的唯一途径，波兰社会主义思想中不存在有限政府的概念。

对波兰社会中的绝大多数人来说，自由主义和社会主义的自由观都没有什么吸引力。对于乡村贫民，自由主要意味着免受奴役和免受经济、社会方面的剥削、压迫。在“四年议会”中的激进派和科希秋什科的追随者看来，美国宪法正是波兰实现这些目标所必需者。而在 1830 年代末期进步团体“波兰民主协会”领导人的心目中，杰弗逊主义的土地民主才是社会的理想形态。但他们也认识到这种想法在波兰事实上不可能顺利实施，因为那时的波兰缺乏可资利用的土地。当他们从美国模式中再也找不到实现土地改革、社会正义和平等的出路时，这些领导人们都转向了法国空想社会主义思想。[15]

民主和平等

对于大多数波兰人来说，民主和平等是美国宪法概念中最具魅力的两个字眼。它们引起了许多人的兴趣，尽管这些人的政治立场各不相同，其中包

括十九世纪早期的自由主义者，中期的激进派和社会主义者以及世纪之交时的民粹主义者。

上面已经提到，十八世纪的改革者以及科希秋什科都把美国及其宪法视为政治平等的象征。美国的政治民主和人们日常交往中的平等精神令十九世纪初的尤利安·涅姆采维奇及 1830—1831 起义之后来到美国的波兰移民同样感到迷醉。“在美国，腐败的官员得像一个普通罪犯那样对他们的劣迹负责”，[16]这样一个事实深深触动了 1876 年一篇为美国一百周年国庆而作的文章的作者。在亨利·显克维支这个本世纪初最受大众欢迎的波兰作家看来，美国制度的最伟大成就不光是政治民主，主要还有奠基于“对每一种于社会有益之工作的尊重”的社会民主。[17]

美国民主的范例时常被波兰社会主义者们提起；它也影响着波兰民粹主义。1895 年，刚从美国参观归来的卡罗尔·勒瓦科夫斯基（奥占加里西亚地区有组织的农民运动的首要领导人）挑战性地提出确立普遍选举权的要求。此后，波兰民粹主义的主旋律就成为“在议会制的框架中实现农民的政治平等”。[18]不过，这种政治平等常常被看作仅仅是简单多数主义。民粹主义者相信：在一个农民占绝大多数的社会中，民主能为农民的利益提供充分的保障。他们认为美国宪法就是这种大众民主的运作模式。事实上，除了一小部分民族精英外，大多数波兰人都把美国视为民主的象征，并把它的宪法看作是民主和人人平等原则的体现，而对它们的自由主义色彩却视而不见。

强有力的领导权：
美国总统制成了专制主义的挡箭牌

以社会平等为纲的独立、民主与自由是波兰人的最高政治价值。但是，他们强烈地感到自己无力改变社会现状以实现这些价值。因此他们相信只有一个有力而又仁慈的领袖才能拯救这个国家，领导它在争取独立的斗争中取胜，然后推行必要的社会和政治变革。

自科希秋什科起义之后，理想的波兰领袖被认为是结合了美国革命中两个英雄——华盛顿和科希秋什科——之特征的人物。1917 年—1918 年间，强力领袖的神话同美国总统制模式汇聚到了一起。强调总统有广泛宪法权利的伍德罗·威尔逊的《美国宪政体制》一书的波兰文译本在政治家和普通大众中都广为流传。它那后来被几个波兰作者进一步发展[19]的主要观点就是：总统制对权力的集中是美国宪政的最大成就。

波兰的独立在《凡尔赛和约》中得到国际社会的公认。根据该条约，波兰将按照‘自由和正义的原则’来调整其制度。共和国体制方面的细节由 1919 年选出的立宪议会负责拟定。在该议会的活动进程中，曾有人提出建立联邦制、准司法审查制、民选总统制的建议，这些提议中的制度与美国制度不无相似之处。所有这些都遭到保守的多数派的反对，并被议会否决。1921 年宪法最终采用了法国式的议会制。

到 1926 年 5 月，当种种迹象都表明该宪法形同虚设时，马歇尔·约瑟夫·毕苏茨基的政变为波兰历史上昙花一现的议会制政府划上了句号，并开启了“美国宪政影响”在波兰的新时代。强有力的美国总统制吸引着毕苏茨基和他的追随者，而且他们成功地利用了《独立宣言》发表 150 周年纪念活动来为总统至上权赢得更多的支持。不久之后，一项宪法修正案批准将权力从议会转

移到总统。

但这只是毕苏茨基及其追随者们的改革计划中的第一步。1926 年之后，人们开始把他们称作“萨纳齐亚”（Sanacja，来自拉丁文 sanare，原意为健全化、改善、整顿）。“萨纳齐亚”意识形态赋予国家凌驾于个人和社会之上的无上权威。这样，美国便成为“萨纳齐亚”为一种无比强大的“仁慈”国家寻找范例和理由的源泉。毕苏茨基在对一个受命设计波兰新宪法的小组发表讲话时说：“我不是说我们应当在每一个细节上模仿美国……但我们必须从那里的思想中发掘某些能适用于波兰的东西”。[20]

这次“美国化”的结果可能会使美国制宪元勋们大感惊讶。新出台的 1935 年宪法不仅排斥了社会契约、分权和议会制等概念，还将政府、议会、军队和法院统统置于总统的支配之下，总统“只对上帝和历史负责”（第 2 条）而且“不必为他的总统行为承担责任”（第 15 条）。宪法第 7 条还取消了法律面前的平等。

就这样，美国宪政观念在波兰第二共和国被否弃或强烈地扭曲了。这可能是由于 1919 年以前波兰人对美国宪法的片面理解。在波兰，民族自由和人民民主的观念遮蔽了美国宪政的其他方面，波兰人直到二十世纪后半叶才对个人权利的观念敏感起来。

美国个人权利观念与团结工会

波兰历史上的个人权利

如前所述,波兰历史上美国影响的最显著实例就是 1794 年的科希秋什科起义。伴它而生的《起义纲领》是一份几乎与美国《独立宣言》一模一样的文件。涉及人权观念的那一部分内容是两份文献中差异最大的部分。科希秋什科把《独立宣言》中宣布的人权观视作理所当然，并在《起义纲领》中几次引用它们；但这份文件本身却没有对这些权利作出表述。这是因为在波兰独立战争期间及以后很长一段时期，人权概念在那里具有不同的含义。

美国和波兰所使用的人权概念有两方面的区别。首先，两国对权利与独立的关系有不同的看法：

> 志在获得独立的美国曾借助自然权利来为结束它对英国的依附状态辩护。波兰作为一个存在几个世纪之久，而且仍然享有渐弱之独立外形的独立国家，完全可以以其国家身份来要求独立。[21]

其次，两个国家对个人权利与阶级以及民族利益之间的关系有不同的理解。在美国，为所有公民所公认的自然权利增强了他们对独立国家的归属感。在贵族享有权利达至少两个世纪的波兰，“权利”语辞从来都是被权贵和外国势力用来对抗民族利益和波兰安全。不仅如此，一直将波兰社会划分开来的正是个人特权问题。构成人口约百分之十的贵族享有许多特权和自由；其余人口，约百分之九十的农奴——身在其领主司法管辖之下的一无所有的农民——却没有任何权利。在这种社会背景下，上层阶级总是用权利语辞来保护其特权，而改革者则把权利与所有波兰人的政治和社会平等联系在一起。

这正是十八世纪末“四年议会”期间改革派的领导者们所使用的论据。当波兰地主用美国政治制度和美国人权概念来为自己的特权辩护时，改革派领袖胡果·科旺泰指出他们歪曲了美国经验的真正含义：“美国制宪元勋们

关心人类的自由，而波兰保守主义者只关心贵族的自由”。[22]

也正是科旺泰提出了一个有别于纯粹“法律”或“政治”性人权概念的“社会”人权概念。在美国，权利保护公民免受国家权力滥用之害；波兰的情况则有所不同：绝大多数人民同国家并不发生直接的法律关系，他们处在地主的管辖权之下。因此，在波兰，人权不仅应当保护个人免受国家权力滥用之害，还得防止来自其他人的损害。

这种社会分裂存续于波兰整个割据时期。能够保护个人权利的法律原则直到第一次世界大战之后才被引入波兰。不过，《凡尔赛和约》虽然正式承认了波兰的独立，同时又强迫它保护本国少数民族。

战后欧洲的少数民族问题最早是由伍德罗·威尔逊总统在 1919 年 5 月 1 日讨论“同波兰和罗马尼亚反犹太主义危险有关之问题”的四国会议上提出的。[23]后来，威尔逊总统坚持要在对德和约中列入关于少数民族问题的条款，因为“数以万计的德国人可能会生活在波兰的国界内。”[24]在凡尔赛，威尔逊主张一种保护少数民族的特殊形式。他反对可能导致形成“国中之国”的区域或民族自治概念，[25]支持一种有助于使少数民族同化于大社会之中的少数民族保护方式。

根据《波兰少数民族条约》，所有居住在波兰的人都享有生命、人身自由、宗教自由和国民教育权，不管其血缘、民族、语言、种族或宗教信仰如何。条约还规定国际社会可以对它的实施情况进行审查。它的条款被视为不能为立法所废除的“基本法”。与这些条款相一致，波兰 1921 年宪法专辟一章以规定人权问题，该章标题为“公民的普遍义务和权利”。这一章列出了范围广泛的公民权利和自由以及许多社会和经济权利。但是，宪法并没有为实施这些权利提供任何机制。而且，其中还有一些条文为限制公民权利开了方便之门，这种限制不仅可能来自议会立法，甚至低层次的行政命令亦可为之。

1935 年宪法中，人权问题的处理体现了“萨纳齐亚”和毕苏茨基本人的思想，毕氏曾经说过：“在一个从奴役中撒野般成长起来的软弱无力的国家中，自由导致自由的滥用”。[26]因此这部宪法里没有处理人权问题的专门章节。公民自由权在第 5 条中受到明确的限制：“国家确保其公民的……思想、言论和集会……等自由。……自由的界限是公共福利。”1935 年宪法第 7 条取消了法律面前的平等：“公民影响公共事务的权利之大小依据他为公共福利所付努力和服务的价值来估算。”

二战期间的波兰人享受不到任何权利。纳粹占领军对犹太人和波兰人同样推行灭绝政策。一个犹太人和一个波兰人所处地位的实际区别只在于：在当时的纳粹法律之下，要是波兰人依法可以被纳粹杀掉，犹太人则必须被杀掉。

第二次世界大战之后，共产党政府恢复了 1921 年宪法，在权力巩固之后，又推出了 1952 年《波兰人民共和国宪法》。虽然该宪法中宣布了许多权利，但斯大林时代在波兰发生的大量践踏人权事件却使它的条文显得可笑。为了增强自己的合法性并赢得国际社会广泛承认，新政府向联合国通过的《世界人权宣言》许下了口惠。但是，它对任何来自西方的对其宪法的影响都公开地加以排斥。[27]

波兰对个人权利观念的抵制

在过去两个世纪中，人权中隐含的个人主义观念在波兰一直受到抵制。这种抵制的根源是波兰的历史、它的地缘政治境况以及波兰社会的结构。

对于波兰的反对自由者来说，波兰在十八世纪的没落以及自由选举制（liberum veto）和无政府的幽灵是他们不断用来反对在波兰采纳人权概念的凭据。在 1919—1921 宪法议会中，贵族共和国的可悲经验为反对波兰采用美国宪政模式者提供了重要的论据。1980—1981 年间，团结工会运动所倡导之人权的敌人们所最常使用的论辩武器就是无政府状态和外国入侵的威胁。

地缘政治因素更增强了对人权观念的抵制。当外来威胁迫在眉睫之时，民族独立和安全的需要比个人权利更重要。再者，人权在美国的作用是抗衡国家权力以保护个人，而对波兰人来说，强大的独立国家的存在是包括生命权、说自己语言的权利和宗教自由权在内的基本个人权利的先决条件。

抵制人权观念的最重要根源是波兰的社会结构。波兰社会中没有向人民传播人权思想的渠道。在波兰，资本家和中产阶级不能承担传播人权观念的使命，这一点与其他国家不同。波兰未曾发生过“资产阶级革命”：姗姗来迟的工业化主要是由外国资本推动的,虽然在十九世纪末出现了一批波兰“本土”资本家，但他们从未壮大到足以挑战固有社会秩序的程度；他们最终与旧地主阶层结为盟友，分享权力和特权。这里不存在经济上独立的中产阶级：徭役和土地的领有阻碍了工厂主、商人和店铺老板的发展，同时也阻碍了整个服务业和工商企业的发展。在波兰，唯一的关心个人权利的团体就是“波兰社会主义者”，它采纳了“西欧社会民主”纲领。但是，在一个产业工人只占人口百分之十的落后社会中，社会主义者的影响是有限的。

由于缺乏有生命力的资产阶级、经济上独立的中产阶级以及强大的工人阶级，造成了一小部分精英特权者同占绝大多数的乡村贫民的两极分化，而且几乎没有为能动的进步留下任何通道。特权者和普通民众都未曾真正地倾心于个人权利观念。特权者可能会偶而使用美国宪法的修辞，但他们真正所欲者是个人权力，而非个人权利。

人民所需要的是面包和经济改善。自由对他们来说意味着首先免受奴役而后免受剥削。他们不曾思考权利和自由这些术语——它们在贫穷而又没有文化的农民眼中是毫无意义的概念。人民要求社会变革，但他们理解的改革是实惠，是由上方最终给予他们的，而不是他们有权享有的权利。

波兰人民直到近来才开始思考权利。第二次世界大战之后波兰发生了深刻的社会变迁，最终为人权观念广泛地影响波兰人的社会意识敞开了大门。这一过程的最后结果是群众呼唤一种主要用人权来明确表达的变革，1980—1981 年的“团结工会”纲领便属此类。

“团结工会”之路：内部因素

在“团结工会”这场主要由工人领导的运动中，经济要求同制度变革和重要的人权要求结合起来了。1980 年 8 月罢工中向政府提出的五项要求里有四项是以公民自由权为核心的。[28]在波兰历史上，人民第一次将公民权利和自由摆到了超越其他目标的优先位置上。现在，他们用权利而不是诱人的社会和经济利益来表述自己的要求。

在 1944 年，新政府曾向人民许下社会和经济利益方面的诺言。虽然兑现

这些利益的进程比许诺的速度要慢，但进步还是显著的。人民第一次有了工作、充足的食物、较好的生活水准、假期、医疗卫生保障、社会福利和教育。

但是，无效率的经济体制没有持续不断地提供这些利益，工人们开始得知：经济上的任何改善都要求有行使权力方式上的某种变化。一种改革策略由失意的知识分子和天主教中的有识之士制定出来了，他们开始在波兰召唤宗教自由和其他人权。

早在 1956 年,知识分子就开始对知识自由的缺乏感到不满并曾试图劝说领袖们引进政治体制改革。到七十年代，当影响权力中心的努力再次失败之后，一帮知识分子决意寻求群众支持并从外部对体制施加影响。他们采取了一种新奇的战略，即倡导一种从下层开始的有限结构改革，在此过程中，民主性的反对派向“ 独立的公共舆论 ”而不是权力机构谈论自己的主张并推动一种“ 为促成旨在扩大公民自由并保障尊重人权……的改革而进行的不懈斗争 ”。[29]概而言之，知识分子在“ 面包 ”和“ 民主 ”之间架起了一道桥梁并帮助工人用新的人权观念来取代旧的建立在父权主义基础上的利益概念。[30]与此同时，一些相对富裕、受过教育的工人开始明白：如果不从根本上有所改变，他们的切身利益就会受到直接威胁。在重建自己的政治观时，他们把个人尊严和权利放到了十分重要的位置上。其结果是：人权观念在 1980 年“ 团结工会 ”运动的要求中得到了体现。

外部因素及美国权利观念的影响

波兰社会中的结构变迁以及改革要求的表达方式变化都得到外部因素的促进。在七十年代，西方人权观念的影响在波兰变得十分重要。虽然人身自由的观念一直存在于波兰政治文化中，但在社会境况不利于人权保护之时它显得很不重要。一旦社会情况发生了变化，潜伏的观念又获得新生。

对波兰人产生影响的人权观念不只限于美国宪政中的那一套。总体上的基督教传统和特定化的法国人格论（personalism）观念也在波兰发挥着重要作用。实际看来，决定性的因素是国际人权运动和国际人权文件。不过，在波兰人的心目中，影响最大者仍非美国自由观念莫属。

要在波兰追踪美国观念直接影响的痕迹是不太容易的。从 1948 年开始，他们就避免直接提及任何西方（尤其是美国）的观念或事例，转而求助于“ 人类的普遍价值标准 ”，并通过引用波兰政府承认的国际规范和价值准则来使自己的活动合法化。结果，在波兰民主性反对派的文件中，人们可以发现参考《世界人权宣言》和《赫尔辛基协定》而不是美国宪法之处。但是，在大多数波兰人看来，这些文件的美国来源以及美国人对“ 普遍价值和自由 ”作出的重要贡献还是显而易见的。二战之后，大多数波兰人感到自己被法国、英国和丘吉尔-斯大林同盟出卖了,美国被他们视为自由和权利的大本营。“ 美国之音 ”和“ 自由欧洲电台 ”广播在波兰的流行无疑强化了美国的影响。

美国宪法权利观念对波兰知识分子的影响也有迹可寻。在 1950 和 1960 年使人权观念存续下去的活动中，人道主义知识分子起到了关键作用。无论是波兰社会科学家还是律师都未曾完全接受苏联那一套社会和国家观。特别重要的是法学教授们对“ 主体性 ”（特别是个人权利）的坚持。由于无法在社会契约或自然法理论的基础上来宣称这些权利的正当性（这两种理论均为官方所不容），波兰法治论者只好从实证法中发掘论据。法律的社会和功能

理论也为个人权利和自由提供了正当化理由。结果是美国权利观顺势传播开来。[31]

七十年代早期，种类繁多的美国观念传入波兰。随着美苏局势的缓和和盖莱克政府越来越有兴趣在与美国的经济合作中树立信誉，关于美国文化、历史和社会的出版物变得随处可见。美国独立二百周年（1976）为展示美国宪政思想提供了一个额外的机会，美国制宪元勋们的作品选集和阿莱克西·德·托克维尔的《美国的民主》首次在波兰出版。长话短说，到七十年代中期，已有相当数量的波兰知识分子不仅倾心于人权，而且对美国宪法权利思想十分熟悉。[32]

不过，在他们的政治活动中，并不以美国政治思想作为论据。1956 年之后，他们要求那时的波兰宪法规定的自由。到七十年代中期，欧洲安全与合作会议为反对派提供了新的有效论据——赫尔辛基协定。1977 年 3 月 3 日波兰对国际人权公约的批准进一步鼓舞了波兰的独立人权运动。

1975 年 12 月，在赫尔辛基会议之后、“ 宪法危机 ” 期间，波兰民主反对派的领导层形成了。[33]1976 年 9 月，作为对镇压抗议物价上涨的工人之暴行的反应，15 位知识分子组成了“ 保卫工人委员会 ”（KOR）来为镇压活动受害者提供法律、经济和医疗方面的援助。1977 年，KOR 更名为“ 社会自卫委员会 ”（KSS-KOR），其活动范围几乎完全集中于保卫波兰人权方面。1977 年 3 月 25 日，就在波兰批准国际人权公约之后几个星期，“ 保卫人与公民权利运动 ”（ROPCIO）形成了，其合法性依据就是赫尔辛基会议的“ 最后议定书 ”和国际人权约法；该组织的目标是“ 支持并监督一切人与公民权利及人类尊严准则之遵守。 ”[34]KSS-KOR、ROPCIO 再加上“ 波兰独立同盟 ”“ 实施‘ 赫尔辛基协定 ’青年委员会 ”（成立于 1976 年 6 月）和“ 学生团结委员会 ”（组建于 1977 年 5 月）共同构成波兰民主反对派的中坚力量。

波兰人权运动援引的是国际人权约法而不是美国宪法，但它们的美国先例及其在美国的成功运用却为人所共知。美国还产生了其他种类的影响：美国外交政策为波兰运动提供了精神上的支持。盖莱克在宣称人权之保护和促进是本国内部事务[35]的同时，又向西方国家请求更多的经济援助，因此国际社会的认同对于波兰人权运动来说是至关重要的。在 1977 年 12 月访问波兰期间的一次电视讲话中，卡特总统表示他支持波兰人民，教皇 1979 年对波兰的访问今天被事后领悟的人们称作“ 团结工会运动之前的彩排。 ”

成为团结工会纲领核心内容的人权观念有许多来源：波兰本土的有限政府和个人自由传统；犹太-基督教文化对个人的尊重；天主教会对政府在战后波兰的不受限制之权力的反对以及国际人权理论和文件。毫无疑问，美国也是一个源泉——它的宪政意识形态、法理以及它们在美国人民生活与历史中的适用。很难说这种思想是直接从美国来到波兰还是通过国际人权文件间接到来，但这无关紧要：国际观念本身也可追溯到美国思想和其他影响。

“ 团结纲领 ” 中的人权

除了美国观念对波兰人权观的一般性影响外，人们还可以看到美国宪法权利观对“ 团结纲领 ” 的具体而又直接的影响。

在 1981 年 10 月第一次“ 民族团结大会 ” 通过的纲领中，人权成为含义广泛的共和国观念中的一部分。[36] “ 团结纲领 ” 将自由主义、民粹主义和

社会主义的价值与观念结合到一起。它呼唤一种“社会、政治和文化观念的多元主义”，这构成“自治共和国中民主的基础”，并要求“在社会各个层面上——从工厂到地区到国家权力的最高层”都实现自治。自治应当以人权为中介：“这种制度必须保障基本的公民自由并尊重所有公民和公共机构在法律面前平等的原则”（第 23 章）。这样，民主和个人自由这两个概念在波兰政治思想中终于汇合到一处了。

“团结纲领”中还有一项同样重要的内容，就是“形式”和“实质”两种权利的汇合。甚至早在“团结工会”出现之前，社会经济利益观念向人权观念的转变就已经发生了。在“团结”时期，公民和政治权利同社会和经济权力融合到了一处。

这两种权利之间的区别原本很清楚。公民和政治权利被认为仅仅是“形式上的”，对大多数人来说是无法触及和毫无意义的。社会和经济权利则是“实质性的”，并且是享受公民和政治权利的先决条件。因此，“实质性”权利更为重要，政府宣布它们必须（而且实际上也这样做了）保护经济和社会权利，即使这种保护有时会干涉对公民与政治权利的尊重。“团结工会”则认为社会和经济权利在波兰不再能受到很好的保护，而且实际上它们得不到保护的主要原因是政治权利和公民自由被疏忽了。“形式”权利和自由不是社会和经济权利的结果，而是它们的必要前提。

波兰的经验表明：美国的宪法权利思想对波兰人的公民与政治权利观产生了显著的影响，虽然波兰的改革者们出于某种显而易见的原因避免承认这笔欠债。

“团结纲领”中的美国宪法权利因素

整个波兰自治计划的核心是用法典化的社会契约表现出来的人民主权观念。1980 年 8 月在格但斯克、什切青和雅斯策比签订的工人与政府之间的协议被称作“新的社会契约”。1981 年 10 月，标题也是“新社会契约”的“团结纲领”的最后一章提出了一份自治共和国的协议。这份宪法性的协议被‘团结工会”视为更高的法律：

> 自治共和国的协议应当为公共生活、议会、政治、地区和经济上的权力机构、法院以及国民教育等等的民主化提供指导和方法。这项协议的实现将在公民和国家之间建立一种公正的关系。……团结工会把这份新的社会契约看作一个坚不可摧的实体。[39]

“团结工会”还再次提出了分权原则，该原则最先是由一个叫做“经验与未来讨论组”的独立知识分子团体在波兰推出的。[40]“团结工会”把分权视为对人民主权和个人权利两方面的防护。分权被认为是一种“形式”机制，非此则“实体”权利无从存续。“团结工会”特别关心政治和经济权力的分离。这一问题是美国制宪元勋们或是资本主义社会的国家与法律学说所不曾深思过的，但它在波兰十分重要，因为国家控制了大部分经济。

“团结工会”的自治观念中还包括特别的权利以及用以保障被波兰改革者视为经济与政治进步之基石的机制。这些权利和机制中有些可以在美国宪法及其法哲学里找到原型。

集会和结社自由

《波兰人民共和国宪法》中正式规定了集会和结社自由。但在实践中，这些权利受到波兰保留下来的 1932 年《集会和游行法》的限制。根据这部法律，国家行政机关可以对公民的集会自由和结社活动进行控制，甚至可以取缔一个社团或禁止它的活动。

从一开始,波兰改革运动就把集会和结社自由看成是经济与政治改革(包括对其他人权之尊重）的重要保障。在“经验与未来讨论组”看来，集会自由已然存在并且是社会的法律资源。改革者们倡议行使所有那些法律已有规定而国家却未曾奉行的权利，而且，早在 1980 年夏天之前，集会权的“社会执行”就由构成所谓波兰市民社会的无数组织着手进行了。

1978 年成立的地下独立工会也行使着集会自由权。由地下工会领导者们于 1979 年夏天拟出的《工人权利宪章》明确地把“形式上的”结社权转化成了工人的“实质性”权利：

对于 1980 年夏天的工人们来说，独立的工会作为“波兰劳动群众利益的制度性保障再也不容小看了。”[43]

工人与政府签订的 1980 年协议认可了组建独立工会的权利。1981 年，一部新的工会法进入准备之中，“团结工会”的领导人们则开始就此项立法之细节同政府谈判。“团结工会”把这项立法看成是实施集会与结社自由之保障的契机：在其 1981 年 10 月计划表中注有这样一个短句：“我们相信有必要通过一部能够保障公民结社之完全自由的新法律。”[44]

言论自由

波兰改革运动最常要求的权利是言论自由和新闻出版自由权。这种要求的美国渊源是显而易见的。

> 缺乏信息自由被看成是波兰经济危机的一个主要原因：目前这种将事实真相神秘化的信息制度形式使所有决策的基本前提都陷入迷误……。事实上这个死结受其自身目标的驱使，这些目标是同那些可以从提供错误信息并腐蚀整个社会合作体系的活动中获利的集团的利益联系在一起的。[45]

要摆脱危机就需要表达自由。改革者们把大众传媒看成是“公众的守夜人”和独立、正确之经济信息的源泉。要履行这样一种职能，传媒就必须免受行政和经济机构的控制。这就要求“缩减检查权并将其置于法律基础之上。……其活动必须能够在法庭面前作出合理的解释，不隶属于任何国家行政机关，相反，报刊、广播和电视应使之公开接受公众的控制和评价”。[46]“遵守言论和出版自由”的要求在格但斯克协议中为政府所接受。1981 年秋天，议会通过了一部自由主义的法律，规范并限制了检查权，规定不服检查决定可以诉至法院，并免除了对自然科学、社会科学和工会出版物的审查。尽管有了这次自由化，1981 年秋天的波兰人仍远未享受到言论和信息自由。政府操纵着有关经济状况的信息并运用了其对传媒的控制——特别是控制国有的广播和电视系统，以便它们成为对付“团结工会”的工具。“团结工会”也因此继续在其最后纲领中强调言论和信息自由。在它看来，信息自由既是经济改革的前提条件，又是自治的核心要素。“团结纲领”中把这种自由表述为“生活于真实之中的权利。”引进对传媒的社会控制是这种权利最要紧

的必备前提。

宪法至上与司法审查

但是，波兰改革运动的领导者们认识到，除了自治、分权以及集会和结社自由外，他们的多元主义和民主目标还需要其它的保障和实质性法律改革。“除非彻底改造刑法，特别是其中可用于压制民权的那些内容，多元主义的原则总是会受到威胁”。[48]因此，“团结纲领”要求在波兰进行法律改革，包括奉行宪法至上原则。

从 1956 年“解冻”开始，波兰法律职业者就一直强调合宪性审查的必要性，但没有任何结果。“团结纲领”中提出的将司法审查作为一种保障基本公民自由的制度引入波兰的要求也体现了宪法至上原则。“团结工会”认为有必要“建立一个独立的宪法法院（或是在普通法院内设置一个相应的法庭），使之能够对立法的合宪性以及法令和其他规章之合法性进行审查”。[49]不过，在“团结工会”看来，最高的法律不只是波兰宪法，还有那些波兰批准的国际条约。对过去的轻易修宪仍记忆犹新的“团结工会”律师试图使波兰国内立法从属于国际公约：

> 这种制度必须保障基本的公民自由并尊重所有公民和公共机构在法律面前一律平等的原则。这就必须(1)尊重波兰批准的国际公约以及《世界人权宪章》中表达的原则和信念。特别是批准《世界人权宪章》中规定对宪章之实行情况进行国际监督的非强制性议定书将使我们亲眼见到必要的保障……。(4)……宪法法院还应当监督波兰法律与国际人权保持一致。[50]

“团结工会”看到：保护与行政机关相对峙的个人权利远比引进对立法之司法审查更为迫切。在波兰不存在对行政行为之合法性的控制，以至公民完全处于行政机关的掌握之中。1979 年，有一个独立知识分子团体提议“应当有一个行政裁判所来裁断同行政行为之合法性及其依据有关的事务”。[51]他们不是打算像美国那样将行政行为的合宪性交由普通法院裁决，而是选择了由专门的行政裁判所来提供对个人之救济的欧洲模式。

到 1979 年末，政府已经公布了一部新的《行政诉讼法典》草案，其中引进了对行政机关的控制。这部在 1980 年初获得通过的法典免除了对某些部门的司法控制，这些部门包括军队、安全、公共秩序、出版以及出入境管理机构等等。改革者要求修改这部新法典并建立一套有效率的行政法院系统。

“经验与未来讨论组”提议建立一种类似于斯堪的纳维亚国家的监察专员（Ombudsman）的制度。不过，这种官员的权力还要更大一些，因为它将

> 包括停止任何行政决定之执行的权力，只要这种官员判断有理由相信这种决定有违法之处，特别是这种违法的决定将会对某人造成肉体或法律上不可逆转的伤害或损失。[52]

还有一项专门提议包括了对检察官职务之滥用进行纠正。这些官员

> 应当接受一个专门设立的议会委员会的永久性审查。每一个公民都应当能够向这个委员会提出诉求。它必须能够不受限制地接触事实并有办法进行自己的调查。[53]

“团结工会”的最后计划将所有这些救济措施浓缩于一项简短的要求中：“任何对公民自由的限制都必须置于司法控制之下”。[54]

法律的正当程序

“团结纲领”有一种特别意图即将权利强化为法律的正当程序。在波兰，公民在执法官员面前的地位远比在西方民主国家更为弱小。“团结工会”要求将审前调查和拘留决定权从检察官的职务范围中撤出，转交给一个隶属于某一特殊法庭的调查法官。这些要求明显地受到美国法律制度的影响。在颇有影响的《团结》周刊中有一个介绍法律改革、揭露司法弊端的流行栏目，其中所引实例几乎全是同美国法律的正当程序有关者。“团结工会”还要求“律师的完全独立，以及采取措施保障辩护律师不管案件主管机构是否同意均可参加预先听审之权利”。[55]

“团结工会”纲领中有专门一节是这样开头的：“在依法而治的波兰，任何人都不应当因其信念而受到迫害，亦不得受胁迫进行违背其良心的活动”。为保障这一原则，“团结工会”提出：绝对有必要修改刑法典和刑事诉讼法典。[56]修改刑法、建立司法审查制度以及对行政决定进行司法控制都首先要求有一套独立的司法系统。按照“团结纲领”的意见，独立的司法机构须以下列措施来保障：

(a)在司法系统内建立一种实行完全自我管理的机构,它将有权决定所有的司法人员任命以及法院院长任命。

(b)遵循这样一项原则，即：法官职务不得同其他公务相混合，特别是不能同政治机构中的职务相混合，而且法官不能被调动或免职，除非通过惩戒决定或是在生病的情况下……。而且，有必要废除最高法院法官的任期制。[57]

对独立司法机构以及执法部门之社会控制的需求在 1981 年 10 月第一届“民族团结大会”通过的自治共和国纲领中得到了表达。这个纲领从未付诸实施，但它的通过的确影响了波兰局势的演变，尽管环境不利于个人权利的实现。

“团结工会”之后

“团结纲领”赢得了大多数波兰人民的支持。不过，与此同时，反“团结工会”情绪也高涨起来。政府在实施格但斯克协议上的推三阻四使工人们感到失望，他们敦促自己的代表采取更激进的立场和措施。甚至就在“团结工会”领导人及其智囊们正在起草“团结纲领”的同时，民粹主义和民族主义的情绪就已日渐高涨并最终在“团结大会”中占据了优势。智囊们认识到了地缘政治因素对改革的约束并试图阻止这场运动进一步激进化，包括防止冲突双方的极端立场，但事实证明他们的努力失败了。戒严法为自由化进程划上了句号。军事政府搁置了波兰人在“团结工会”运动之前就已享受到的权利，当然也废止了那些在革命的十八个月间引进的权利——如限制检查权的法律。

在确信自己已经控制住了波兰局势之后，军事政府采取了一套相对来说比较“自由化”一些的措施。1982 年，几部保留了许多“团结工会”精神的新法律得以颁行。其中特别重要的是一部涉及高层次学问的法律，该法律赋予学术共同体一种前所未见的自治措施。不过，一旦当局发现这些“自由化”

措施并没有为自己赢得预期的社会支持，它看来就改变了自己的进程。

1982—1986 年间的立法十分混乱。一方面，政府着手推行了一些“ 团结工会 ”时期人们要求的社会改革，比如引入了更为民主的选举规则；特别是它设立了宪法法院。这种法院的管辖范围以及法官的选任方式都在许多重要方面区别于美国司法机构。不过，在 1986 年，该法院以几项明显不利于政府和共产党的裁决让波兰人吃了一惊。这时，波兰也许存在某种获得更大的司法独立和司法审查的前景。另一方面，1982—1986 年的立法又企图扭转渗透于“ 团结工会 ”运动中的“ 人权倾向 ”，并将戒严法条款置入常规法律之中。波兰政府力求赢得民众的支持，而同时又阻止像“ 团结工会 ”这样的运动提出法律改革和进一步法治化的要求。

由于波兰日复一日的政治生活中有这么多策略上的改变，人们很难预测未来的发展和立法。不过，自“ 团结工会 ”降生以来，波兰社会中至少发生了两种具体的变化。首先，今天的波兰公民享受着更多的言论和活动自由、更多的人身自由以及更多的法治。其次，个人权利问题在反对派和共产党政府所关注的事务中都已经占据并仍将保持重要地位。在过去，当人权观念只得到少数脆弱的知识分子团体的支持时，政府可以置之不理，并指责知识分子是在以人权为博取权力的手段，而且，人权概念与人民所渴求的社会利益之间也存在着矛盾。但是，自 1981 年以来，人权观念已经同人民的经济要求融为一体，而政府再也不能对此无动于衷了。

1981 年 12 月 13 日之后在波兰发生的事情检测了群众对人权和公民自由的要求是否以及在什么程度上仅仅是知识分子努力对工人领袖施加影响的结果，或者，它们是否已永久地成为波兰工人社会意识和政治目标中的一部分。因为，是真正的群众需求决定着社会的未来。随着“ 团结工会 ”的出现，尊重人权在该国历史上第一次成了大多数人的要求。

结语

有限政府，个人自由，“ 人身保护令 ”，多种职务的不相容，言论、集会和宗教自由，法律面前的平等——所有这些观念在十六世纪的波兰都已出现，其时间甚至早于第一个殖民者到达北美的未来英国殖民地。不过，在波兰，这些观念并未理解为人权，而是理解为只占人口十分之一左右的世袭贵族的特权。大多数人忍受着奴役并且没有了最基本的权利，包括生命权本身。更有甚者，在十七和十八世纪，这大多数人被排除在波兰民族概念之外。波兰社会中的这种两极分化持续了数百年之久。

从十八世纪末开始的分裂时代一直到第一次世界大战结束这段时间，一种变化发生了。许多贵族成为波兰知识阶层的一分子。波兰知识分子们义无反顾地希求一个独立的国家。他们认识到：除非群众加入到为民族自由而战的行列中来，波兰永远不可能重获独立。因此，波兰知识分子和牧师们开始致力于在“ 朴实的民众 ”中鼓舞起一种民族认同感。到 1920 年，从文化和精神的意义上说，所有波兰人都已成为一个波兰民族的成员。不过，在个人权利和特权以及总体性的政治方面，这个民族还是分裂成少数特权阶层和绝大多数贫穷、没有文化也没有财产的仍被剥夺了权利的农民。

一种剧烈变化发生在 1945 年之后。一个新的政治精英集团——共产党在波兰掌握了政权。传统的精英集团失去了它的权力和特权，贫穷而又没有文

化的农民很快变成了处境相对较好的受过教育的工人。随着这些社会变化，两种意识形态上的转变发生了。知识精英逐渐用权利观念取代了旧的特权观念，而工人们则逐渐用新的权利观念代替了旧的利益观念。

在“团结工会”运动期间，一种强烈的波兰民族观念重现了。使它得以合成的不仅有一般的文化认同，还有共同的政治价值和原则。尽管这些价值尚未付诸实施，一个分享着共同的民主、共和与个人权利理念的统一的波兰民族已然存在。这些观念中有许多是波兰和美国所共有的。波兰和美国今天的权利概念之间的相似性是很容易辨明的。的确，美国宪法和其他美国政治概念在波兰人权观念重新萌生的过程中起到了重要的作用。值得注意和十分重要的是：美国权利概念生发的样式与波兰是截然相反的。受宪法保障的公民权利和个人自由限制着的政府在美国出现于十八世纪末。民主化的过程发生于十九世纪，在此过程中，基本自由和参政权渐次普及于所有美国人。1930年代，除了公民和政治权利及自由外，所谓的社会和经济权利也逐渐得到承认和扩展。在波兰，区别于特权或利益的权利概念是相当年轻的。社会和经济权利首先得到人民和政府双方的承认。只是当人们认识到：如果没有公民自由和政治民主，社会和经济权利便无法得到保护时，公民和参政权才开始对波兰人有了吸引力。美国人从自由观念出发并且认识到：首先，没有民主就没有自由；其次，没有基本的经济和社会安全就没有自由和民主。波兰人则有所不同，他们在更近一些的时候才开始从经济保障的观念走向保护人权，而且再晚一些才认识到没有民主便没有经济保障，最后才认识到没有个人自由就没有经济保障和民主。

到二十世纪末，美国和波兰这两种不同的社会哲学渐趋一致。美国已经实施的权利和自由对波兰人来说已变得十分重要：它们为改革指明了方向并帮助波兰人认识到“没有民主和自由就没有面包”。美国权利将继续吸引着波兰人民，伴随着他们为民主、自由以及（在近来的经济危机中为）面包本身而奋斗。

注释

[1]参见：Ch·S·Haight, The Miracle of Good Senator：A Study of Goslicki ’s “De Optimo Senatore”(New York：Privately printed, 1941)T·Filipowicz, “The Accomplished Senator, ”Proceedings of the American Society ofInternational Law(April 1932), vol.16－18, pp.234-242。

[2] K.Grzybowski, Ojczyzna, narod, panstwo[乡土，民族，国家](Warsaw：Panstwowy Instytnt Wydawniczy, 1971), P. 76。

[3]“无论讨论什么问题——农奴、城市国家、军队、贸易、迁徙、政体——人们都会这样或那样地提到美国”，Irene Sokol 在谈到“四年议会”的过程时如是写道。见 I·Sokol, “The American Revolution as seen in Eighteenth Centwry Poland, ”in D·Wandycz, ed., Studies in Polish Civilization (New York： Institute on East Central Enrope at Columbia University and the Polish Institute of Art and Sciences in America, 1966), p.77。要想了解波兰人在十八世纪末对美国权利观念作何认识，请见上书， pp. 75—81； Z· Libiszowska, Opinia polska wobec

rewolucjiamerkanskiej w XVIII wieku [十八世纪的波兰公共舆论对美国革命的态度](Lodz：Panstwowe Wydawnictwo Naukowe，1962)；M·Drozdowski，Rewolucja amerykamska w polskiej mysli historycznej [波兰编史学中的美国宪法](Warsaw：Wiedza Powszechna，1976),pp.7—84。

[4]关于 1791 年法国和波兰宪法的比较，请见 Ch·E·L·Konic，Comparisondes Constitutions de la Pologne et de la France de 1791:Etude de droitConstitutionnel [1791 年波兰和法国宪法之比较：一项宪法研究](Lausanne： Imprimerie La Concorde， 1918)。关于美国与波兰宪法之间亲缘关系的分析，见 J· kasparek— Obst， The Constitutions of Poland andthe United States： Kinship and Genealogy(Miami， Fla：American Institute of Polish Cutture，1980)，pp.41—56。

[5]“为建设更完美之合众国，以树立正义，奠定国内治安，筹设公共国防，增进全民之福利，并谋求我们自己及今后人民永久乐享自由之福祉……”（美国宪法序言）；“……为国民福利而完善国家宪法，以维持国家及其疆域，对外确保独立，对内维护国民自己及其后代之自由权……”（1791 年波兰宪法序言）。

[6]波兰改革者们策划了另外两项立法。经济宪法用来保护私人财产权和工作权，废除农奴制，并引进契约和新闻自由的实施机制。道德宪法作为美国《人权法案》的波兰对应物。请参阅： M. Kukiel， Dzieje Polski porozbiorowe 1795 — 1921 [1795 — 1921 年分裂时期之后的波兰史](London：B. Swiderski，1961)pp.26—27。

[7]N.Davies，God’s Playground:A History of Poland(New York：Columbia University Press，1982)，p.538.

[8] M.Drozdowski， Z dziejow stosunkow polsko amerykanskich [从波美关系史的角度](Warsaw：Panstwowy Instytut Wydawniczy，1982)，p.12。

[9]M·Haiman 认为科希秋什科是“美国理想在欧洲的首席模范信使……革命的法兰西以非正义和犯罪玷污了自己在自由方面的名誉。将美国理想移植到波兰——这个美国革命的即时影响所达到的地球上的最远点——科希秋什科在此过程成功地保持了它们的纯洁无瑕。’M Haiman,Kosciuszko：Leader and Exile(New York：Kosciuszko Foundation and the Polish Institute of Arts and Sciences in America，1977)，p.27.

[10]关于波兰民粹主义的特征，请参阅：P. Brock， Nationalism and Populism and Partitioned Poland(London： Orbis Books， 1973)， PP. 11—99； G. Ionescu，“Eastern Europe， in G.Ionescu and E.Gellner，eds.，Populism：Its Meaning and National Characteristics(New York：Macmillan，1969)，pp.97—121。

[11]引自 Drozdowski， Rewolucja， p. 57。

[12] Brock，Nationalism and Populism，p.13.

[13]参阅 J.Buzek，Projekt Konstytucji Rzeczpospolitej Polskiej orax uzasadn ienie i porownanie tego projektr z Konstytucja szwajcarska， amerykanska I francuska [波兰共和国宪法设计，它的基础以及同瑞士、美国和法国宪法的比较](Krakow，1876)，p.330。

[14]参阅 S.Buszczynski，Ameryka i Europa：Studium historyczno-finansowe

[美国和欧洲：一项历史与财政研究](Krakow，1876)，p.330。

[15]但是，一些美国概念已经存在于“波兰民主协会”的哲学中——例如，将社会视为个人之集合的观念和对一些基本人权（如自由、平等以及构成个人利益与公共福利之和谐的基本前提的人民主权）的确信。参见：B.Sobolewska and M.Sobolewski， eds.，Mysl polityczna XIX i XX wieku：Liberalizm.[十九和二十世纪的政治思想：自由主义]（War saw：PWN，1978）， PP.319—320。要了解法国思想对波兰观念的影响，请参阅。A.Walicki， Miedzy filozofia religia i polityka： Studia o mysli polskiej okresu romantyzmu [哲学、宗教与政治之间：浪漫主义政治思想研究](Warsaw：PIW，1971)。

[16]引自 Drozdowski， Rewolucja， p. 92。

[17]同上，p.94。

[18] lonescu，“Eastern Europe，”p.107.

[19]参阅：J. Makowski， Ustroj Konstytucyjny Stanow Zjednoczonych[美国的宪法制度](Warsaw，1919)；M.Ga siorowski，Ustroj Konstytucyjny Stanow Zjednoczonych [美国宪制](Warsaw，1919).

[20]J.Pilsudski，Pisma Wybrane [作品选集](London：M.I.Kohn，1943)，p.417.

[21]Haiman， Kosciuszko， p. 20.

[22]H. Kollataj，Uwagi nad pismem Seweryna Rzewuskiego：Osukcesji tuonu w Polszcze rzecz krotka [Seweryn Rzewuski 作品评论：浅议波兰的王位继承](Warsaw，1790)，p.67。

[23]伍德罗·威尔逊语。引自 J.Krasuski，“Geneza i tresc traktatu miedzy Polska a piecioma glownymi mocarstwami sprzymierzonymi z punktu widzenia stosunkow polsko-niemieckich”[从波德关系的角度看波兰与协约五国所订条约之缘起和内容]， in J. Pajewski， ed.， Problem polsko-niemiecki w Trakitacie Wersalskim [“凡尔赛和约”中的波德关系问题](Poznan： Instytut Zachodni， 1963)， p. 390。

[24]同上，p.391。

[25]同上，p.390。

[26]Pilsudski，Pisma Wybrane，p.412.

[27]波兰总统鲍列斯瓦夫·贝鲁特在 1952 年 7 月 18 日向议会递交一份宪法草案时宣称：“我们民族的、人民的波兰宪法之形成，独立于布尔乔亚的普世模式之外，是以伟大的十月社会主义革命为标志的历史转折点的产物。”Kasparek-Obst，Constitutions of Poland and the United States，p.117。

[28]这些要求包括：罢工的权利；广播有关抗议的信息；改造言论自由和新闻出版自由的宪法保障；对所有那些因其个人信仰而被解雇或监禁的人，应立即恢复其工作或予以释放。关于工人要求的细节，请见 A.Pravda，“The Workers，”in A.Brumberg，ed.，Poland：Genesis of aRevolution，(New York：Vintage，1983),pp.83—98。

[29]A.Michnik，“The New Evolutionism，”Survey (1976)，22：3-4；亦见于 S.Perski and H.Flam， eds.， The， Solidarity Sourcebook(Vancouver，Canada：New Star Books， 1982)，p.21.

[30]Leszek Kolakowski，“The Intelligentsia in Poland，” in Brumberg， Poland：Genesis，p.65.

[31]要了解一些实例，可以参阅：K.Op alek and J. Wroblewski，Wspolczesnateoria i socjologia prawa a Stanach Zjednoczonych Ameryki Polnocnej[美利坚合众国的当代法律理论和法社会学](Warsaw：PWN,1973)；J.Kowalski， Funkcjonalizm w prawie amerykanskim [美国法中的功能主义]（Warsaw：Wydawnictwo Prawnicze， 1964）。

[32]请参阅：W.Osiatynski，ed.，Wizjie Stanow Zjednoczonych wpismach Ojcow Zalozycieli[美国制宪元勋著作译丛](Warsaw：PIW，1978)；Alesis de Tocqueville，Demokracja w Ameryce[美国的民主](Warsaw：PIW，1976)；I.Rusinowa，ed.，Korespondencja Kosciuszko-Jefferson(Warsaw：PIW， 1976)； I. Rusinowa， Geneza StanowZjednoczonych Ameryki Polnocnej [美利坚合众国的起源](Wsrsaw：PIW， 1976)； Drozdowski，Rewolucja；Sobolewska and Sobolewski，Liberalizm； W. Sokolewicz，ed.， Instytucje i doktryny polityczno-prawne Stanow Zjednoczonych[美国的政治、法律制度和原则](Wroclaw：Ossol ineum，1974)。在大多数著作中，美国的权利观念以及为保护这些权利而设计之制度都曾出现并得到充分的论述。这一潮流还通过像PWN出版社（一家学术共同体的官方出版社）这样的出版者而继续下去； PWN最近又出了一本纪念美国宪法二百华诞的新书。与此同时，还有数不清的地下非法出版社继续传播自由化和自由主义的思想。例如，地下出版社在1983年就出版了F·冯·哈耶克和M·弗里德曼的著作。

[33]1975年 12月，波兰政府提议修改宪法，以使党在国家中的领导地位和波兰“与苏联之间不可动摇的联系”能够“在宪法中得到确认。”一项进一步的修改建议指出：“‘公民们的’权利与他们忠实地履行对祖国所负义务是密切联系的”。1975年12月5日，59个波兰最负盛名的知识分子、艺术家、作家和科学家向议会递交了一封公开信，要求宪法中已有保障的基本权利和自由得到确实实施。这封以“波兰政府在其中正式宣布了《世界人权宣言》”的“赫尔辛基协定”来为其要求辩护的公开信掲起了一场轩然大波，公民、学生、工人和教会团体纷纷提出响应性的抗议。其结果是，在宪法中纳入争议颇大之条款的企图落空了。更重要的恐怕还是属于不同社会团体的持不同政见者组成了一个联盟并真正团结到了一起，并导致了用人权术语表达的民主反对派纲领的形成。请参阅：Dissent in Poland：Reports and Documents inTranslation(London： Association of Polish Students and Graduates inExile，1977)，pp.11—24。

[34]同上，p.183。

[35] 1977年7月，基内克在议会发表讲话时宣称“波兰宪法已充分保障了所有公民权利。”“他强调经济和社会‘解放’的首要性，认为非此则‘所有关于平等和自由的宣言都是空话’。他说这就是政府‘必须坚定不移地保卫我们国家的社会基础及其制度之生命力’的原因。他还认为，公民权利是所有国家的内部事务，而且，只有共产主义的公民们有权决定这一问题。”引自 T. Beamish and G. Hadley， The Kremlin’s Dilemma： The Struggle for Human Rights in Eastern Europe (SanRafael，Calif.：Presidio Press，1979)， p.65。

[36]“团结纲领”的原文请见 Perski and Flam， The Solidarity Sourcebook，pp.205—225。

[37]这段话是参加“首届独立工会全国大会”的代表们说的。引自上书，pp.205， 207。

[38] Alex Pravda 在分析工人要求的演讲时对这种经验作了很好的概括；Pravda，“The Workers，”p. 87。在分析工人拥护公民权利的缘由时，Pravda 强调这样几点：“工人们亲身体验到的受侵扰和监禁的滋味”，这“比任何对公民自由权的知识性倡导都更重要”；他们认识到任何法律上的罢工权“都将是极其脆弱的，除非有一个支持性的公民权利框架来捍卫它”；他们还意识到“言论自由对解决经济问题以及对独立的劳动者运动之存续来说都是十分重要的。”教会对人权之不可侵犯性的强调也是一个重要因素，因为“信仰天主教的工人们在拥护人权方面比他们不信教的工友们更为坚定。”同上书，pp.87，307。

[39] Perski and Flam，The Solidarity Sourcebook，p.225.

[40]在 1979 年地下出版的《共和国报告》中，作者们要求引进一种具有内在之自我矫正机制的制度：“这方面唯一经受住历史考验的实例就是众所周知的‘分权’制，换句话说，就是从总体上将国家权力分配给不同的机构并安排它们的相互关系，以使它们中的每一个都有充分的自由去完成宪法规定的任务，而它所犯的任何错误都能由其他机构来消解。”“经验与未来讨论组”编，《今日波兰：共和国局势》(Armonk，N.Y.：M.E.Sharpe，1981)，p.117 (此后凡引此书之处均简注为 Pol and today)。在波兰，分权制要求“将党（以及其它类似的政治和社会组织的职业化机构）同行政部门、经济部门以及司法机构制度化地区分开来。”Poland today，p.119.“讨论组”的专家们要求恢复古老的“不可兼容(incompatibilitaes)原则，这项发端于十六世纪的原则杜绝了在国家管理机构中同时担任立法、司法和宗教职务的情况。

[41] Perski and Flam，The Solidarity Sourcebook，p.214.

[42] A. Karatnycky， A.J. Motyl， and A. Sturmthal， Workers’ Rights， East and West： A Comparative Study of Trade Unions and Workers’ Rights inWestern Democracjes and Eastern Europe，ed. League for Industrial Democracy(New Brunswick， N.J.： Transaction Books，1980)， p. 114。《工人权利宪章》以“国际劳工组织”第 87 号公约和《国际经济·社会及文化权利公约》为自己的合法性依据。

[43]Oliver MacDonald， ed.， The Polish August： Documents from the Beginning of the Polish Workers’ Rebellion(Gdansk，August 1980；Seattle，Wash.：Left Bank Books，1981)，p.157.

[44]Perski and Flam，The Solidarity Sourcebook，p.214.

[45]Poland Today，pp.24－25.

[46]同上，p.124。

[47]Perski and Flam，The Solidarity Sourcebook，p.218.

[48]同上，p.219。

[49]同上，p.215。

[50]同上。

[51]Poland Today，p.125。

[52]同上，p.216。
[53]同上，p.179。
[54]Perski and Flam， The Solidarity Sourcebook，p.216.
[55]同上，pp.216—217。
[56]同上，p.217。
[57]同上，p.216。

十二南撒哈拉非洲的人权以及后殖民地宪法

弗兰克·莫德恩

这篇文章所关注的焦点是那些随着英、法、比利时等国的非殖民化而获得独立的黑非洲国家。它将对这些国家的人权保护状况作一巡礼，并估量出美国宪法的影响。北非国家不在本项研究的范围之内；它们的文化和前殖民地历史使它们的经历迥异于撒哈拉沙漠以南各国。

由于其他原因，那些奉行马克思列宁主义制度的非洲国家也游离于此项考察美国宪政之影响的研究之外。在这些国家，保护人权只是政权机关的次要目标。其基本关注是要达到这样一些基本的革命目标：反对人剥削人，反对殖民主义和帝国主义的斗争。[1]

类似的情况可以说有安哥拉人民共和国、贝宁人民共和国（前达荷美）、刚果人民共和国和马达加斯加民主共和国建立的政治制度，以及那些虽然不是正式的马列主义国家，但却支持马列主义对待个人自由的态度的非洲国度。

另一方面，坦桑尼亚联邦共和国这个例子颇为有趣：在这个非洲国家通过了一部《权利法案》，并修正了宪法。然而，在一个以实现乌贾玛（Ujamaa）社会主义为最高目标的政权下，坦桑尼亚宪法从未对坦桑尼亚公民的自由和权利作出规定。

在非洲，军事政权像在其他地区一样废除了对人权和人身自由的保障。许多非洲国家在其发展过程中都曾经历过军事政变，有些政变导致了基本自由的中止。举例来说，发生于 1966 年 1 月的尼日利亚首次军事政变导致了权力从文官政府到军事政权的转移。尼日利亚最高法院得出结论说：这场权力更替是依据宪法的“必要原则”进行的，军事政府因此受宪法约束。该法院认可军政府修改宪法之权，但坚持认为只有那些对于权力之移转来说具有必要性的修改才在许可范围之内。若是缺乏这种必要性，军政府没收私有财产的政令将被视为侵犯了权利的宪法保障，并被宣布无效。

不过，在尼日利亚的例子中，这种权力移转构成的是绝对权力从文官政府向军事政权的转让。因此，后者宣称它的权力不受先前宪法的制约或限制。1970 年，涉及至上权和权力施行的联邦军政府令宣布 1966 年 1 月的权力移转已废除了先前的尼日利亚法律秩序（包括宪法）。军政府的这一行动促使 1979 年尼日利亚宪法的起草者给高等法院确立了一般的原始管辖，保护它免遭立法机关撤销：

> 国民会议行使立法权应受制于司法法院和依法设立的司法审判庭之管辖；因此，国民会议或其一院亦不得颁布任何取消或建议取消一法院或依法设立的司法审判庭之管辖的法律。（第一章，第二节，第 4 条，第 8 款）

不过，这种对政变后建立的军政府保持有效控制的努力并不成功。

尽管如此，许多黑非洲国家已经就公民权利和自由作出了官方宣告，并建立了配套的司法控制体系，其所依据的原则与西方自由民主国家相类似。我将特别注意这些国家。我的目标是评估美国立宪主义对后殖民地非洲国家人权保护的影响。我还将讨论与人们声称的黑非洲与西方人权观念之差异相关的一些重要概念线索。

我从这样一种观点出发来开始我的论述：美国对南撒哈拉非洲的影响是间接的，这种影响随着以美国人权观念为基础的国际化宣告而发生，并通过先前欧洲殖民者对这些权利的阐释而传布开来。我的考察显示出：美国宪法对人权原则的影响在英语非洲国家比在法语非洲国家更为显著。

绪论：反思黑非洲人权概念

要研究新近取得独立的黑非洲国家的人权保护状况及美国观念对这些权利的影响，就得思考那些也许被认为是非洲所特有的人权见解。有人可能认为美国宪政在这里的影响是间接的，并受到非洲的集体观念和民族制度的很大扭转。人们还须记住后者是殖民占领期的遗物。关于非洲的人权概念，目前已有颇为丰富的文献汇编，观察者们往往得出截然相反的结论。[2]

要评价美国对非洲人权观念的影响，还必须弄清这样一些问题：人权概念是一种西方的理念，还是一种普适性的理念？有没有一种为南撒哈拉非洲所专有的人权概念？毋庸讳言，由于非洲有极其多样化的宗教与文化传统、社会集群以及伦理-哲学视角,这篇文章不可能对这些问题作出穷尽无遗的回答。[3]

人权：一个西方的抑或是普适的概念？

我将参考雷蒙多·潘尼卡的一篇引起有价值的争论[4]的近文[5]来着手讨论这一先导问题。潘尼卡宣称：人权是一个不被普遍接受的西方概念。他认为，将“人权”在世界推进至少伴随三种严重危险：它会为现代技术文明的侵入铺平道路，对本土文化造成不利影响；它也许会限制不同文化传统自由形成其自身“同态”的关于人权的观点[6]；它也许会阻断关于人权问题的对话，而从这种对话中可能产生出一种更具真正普适性的理念[7]。潘尼卡所讨论的人权是以 1948 年联合国大会通过的《世界人权宣言》为背景的，他挑明了该宣言的西方特别是自由主义-新教渊源。不可否认，目前这套强调民权和政治权利的人权保护体系[8]最初的确是作为一个西方概念而出现的。这一概念强调社会中个人与国家之间的关系，世界其它地区的许多传统社会对此会感到陌生。西方人权学说建立在这样一个假设的基础之上：存在一种普遍的人性，它通过人所共有的、被命名为“理性”的普遍知识器官呈现出来。第二个假设同个人尊严有关：每一个人都被认为是一个绝对的存在，独异于他人。这种独特性将个人从其社会中区分出来；根据这一假设，社会则被看作一种能够轻易对个人造成危害的超级结构。第三个假设是涉及民主社会秩序，在其中，社会是作为组织起来的自由个人的总和而存在的，这些人组织起来以达到非此则无法达到的目的。因社会定型于国家之中，国家从理论上说表达着人民的意愿，或至少是表达着大多数人的意愿。这样，每个个体必然被视作具有同等重要性并因此对社会之福利负同等责任。只有当个人的权利和自由对他人的权利和自由构成侵犯时，才能对之加以限制。这种信念使“多数人规则”有了存在的理由。但是，一项跨文化的考察却证明了不存在普适的人权概念。[9]人权可能具有有限的事实状态上的普适性，因为它所寄存的技术文明已对所有现存的文化共同体产生了表层上的（如果不是根本性的）影响。但是人权并不具有本体的或规范性的普适性。人权不具有普适性

这一事实并不意味着它不应成为普适的。人权之普适性

> 暗示着这样一种信念：当今世界上的大多数人民正以同样方式像西方民族那样处于从或多或少的神奇团体性……过渡到为西方工业化世界所周知的那种理性地、契约地组织化的现代性的进程之中。[10]

不论这种推断能否站得住脚，西方人权信念在国际体系中赢得了极大的拥护这一点仍然是真实的，这体现在《世界人权宣言》、《欧洲人权公约》、《非洲人权宪章》以及 1966 年的有关公民与政治权利和有关经济、社会与文化的国际约法中。对人权观念的支持还进而体现在遍及每一大陆的许多国家的宪法中。如果说人权学说的起源根植于过去三个世纪中西方国家的政治和社会潮流的话，也并没有任何东西阻碍人权概念得到全世界的认可。支持人权理想的论证往往传达着西方社会的价值,但它们在当今的重要政治-法律文本中占有近乎神圣的地位。

从哲学的视点来看，“ 自然权利 ” 观倡言人权必须是普适的，因为 “ 它内在于人性之中，不随一个人履行社会义务的程度、是否加入了某一特定团体等情况而改变，也不受国家授权决定的影响。 ” [11]即便是从组织化的和法律的观点出发，也有支持人权普适的实质性证据：

> 国内管辖的托词不能成为维护不人道待遇、奴隶制或强迫劳动、不公正的逮捕和拘留、法院无视正义、否定宗教自由或政治言论自由、侵扰个人财产权或家庭等行为的理由。[12]

有人可能会问：从社会学的角度来看，是否存在一个普适的人权定义？是不是所有人对基本权利都有相同的理解？某些粗暴践踏权利的行为受到全世界所有主要文化的共同谴责这一事实为这种观点提供了某些支持[13] “：它们包括种族灭绝、酷刑、奴役、亵渎或毁损宗教或民族象征物等等。 ” [14]

即便人权观念不是一种本体意义上的普适信念，它也无疑正在获得普遍接受。[15]因此，重要的是了解黑非洲的观念怎样影响着普适的人权定义。

有没有一种非洲的人权概念

这是一个关键问题。[16]在本文一开始，我就已指出：人权概念在黑非洲既受到历史的影响，也同样受到传统非洲社会之特定风格及其中人际关系的浸润。理解非洲和西方人权观念之不同的关键就在估测非洲的共同体理念。在那里，“ 集体比个人更重要，决策通过协商而不是竞争来作出，经济盈余之产生和配置的基础是重新分配性的而不是利润导向的 ”。[17]西方人权概念代表着一种历经三百年的、将政治权力在一系列民族国家中组织起来的努力。当前的人权体系可以看作是西方社会和智识传统的产物，伴随着一种对国家权力膨胀的抗拒。因此，人权在西方成为社会对国家进行 “ 驯养 ” 的一种手段。但是，非洲国家并非是从传统的本土制度中发展起来的，而是殖民统治和西方影响的遗迹。而且，非洲国家的法律体系一般都模仿了西方制度，强调的是殖民时期留下的概念而不是传统法。

非洲和外国学者都强调了共同体理想在非洲的重要性。坦桑尼亚前总统朱利叶斯 · J · K · 尼雷尔是这样描述的：

> 非洲社会主义的基础和目标是延展的家庭……。乌贾玛，或者家族，能说明我们的社会主义。它反对在人剥削人的基础上建立幸福社会的资本主义；它也同样反对以人与人之间不可避免的斗争哲学来建

立幸福社会的教条社会主义。在非洲，我们不需要民主的传教，也不需要转变为社会主义。这两者都根植于我们的过去，根植于我们赖以产生的传统社会。现代非洲社会主义可以从传统遗产——社会被认为是基本家庭单位的延伸——中获得。[18]

赞比亚总统肯尼思·卡翁达在《一个人道主义者在非洲》中采取了同样的立场：“部落共同体是一个相互性的社会。其组成是为了满足其所有成员的基本人类需求，因此个人主义是不受欢迎的……。社会和谐是一种首要的需要”[19]。非洲的共同体价值观与西方的自由个人主义的对比激发了当代的人权对话。“非洲社会主义”与马克思主义之间的相关性部分在于这样一种观念：在传统非洲社会中，个人与集体是互补的，因此，“正像个人不是一种自主的存在一样，集体也不是一种抽象的实体”。[20]不过，人们也须小心，不要将这种联系过分夸大：一个研究非洲社会主义的权威学者这样提醒我们：“非洲社会……不是从社会中存在冲突阶级而开始的。事实上我甚至怀疑非洲本地语言中是否存在‘阶级’一词的对应词。”[21]

在 1981 年通过的《非洲人权宪章》中出现了类似的着重点。[22]该《宪章》宣称“人类的基本权利系基于人的属性”——这使之同 1948 年《世界人权宣言》以及其他重要的国际条约衔接起来。[23]但人们在其中也可以发现这样的句子“民族权利的现实及对它们的尊重必定能确保人权。”[24]这里“民族”（Peoples）一词的含义很含混。伊非尼·门基提对此解释道：传统非洲社会中不存在与个人在其共同体中的社会义务无涉的“个人”（Person）这一概念：

人是这样一个概念，它必须而且也正是直接与一个人通过履行其境况所确定的各种义务而参与团体生活中的程度而获得的……。人是由共同体来定义的……人只有在经历了一个并入群体的过程之后才成其为人。[25]

那些没有并入群体的人是没有任何权利的。权利并非内在于一个人的人性之中；它们是视一个人履行其对群体所负之义务的情况[26]以及群体此后所为之授权而定的。[27]

这一声称把人引向了某种值得进一步分析的结论。首先可以考察一下非竞争性的“商量着办”或“通过谈判解决”是不是非洲人处理政治事务的唯一手段；有一种通常的看法认为非洲的决策方法是自然的合意。[28]如果这是真实的，那么如思想自由、表达自由、宗教自由、集会自由和选举权之类的许多公民权和政治权利便都与非洲政治无关了，因为它们都是为保障竞争性的、非合意性的政治制度之公正而设计的。[29]

传统非洲社会大多有对经济盈余进行再分配的机制因此被认为是在限制私人对生产资料的控制。在黑非洲的乡村农业部落中，土地根据集体需要被分配到家庭使用。对经济盈余进行控制是为了集体利益，如为祭祀仪式场合分配食品或储备以应未来的歉收。个人所有权或占用权一般未被接受。

过分强调所谓“非洲的”人权概念可能会使人们忽视自欧洲人进入以来非洲所发生的社会变迁。阿里·麦子瑞在他对欧非文化“冲撞”的推测性小结中对此有很好的描述：

在西方的影响之下，行为动力模式发生了一些大转变。满足基本需求在西方化的非洲仍占主要地位。但如今第二重要的动机趋向于追求基本需求之外的自我实现。换句话说，范围比以前更广的宗族的基

本需要正开始变得从属于个人发展的要求。[30]

麦子瑞令人信服地指出：非洲人正越来越多的受到个人发展雄心的激励，而且，这种个人发展即便在传统非洲社会中也并非闻所未闻。可以说非个人主义的集体主义思维与行动模式在非洲比在西方更为盛行。但这样的说法也同样是正确的：由于与家庭或宗族有关的结构性脱节以及同西方意识形态的接触，一些导致个人自由或自主的变化正在黑非洲发生。

非洲政治的合意性肯定被夸大和过分泛化了。虽然地方村落的决策可能仍是依合意法则作出的，但并非所有的非洲社区都是非集权化的。在加纳、尼日利亚和乌干达，有许多建立在一种封建官僚制之上的集权化政治体。事实上，合意性传统政治制度的神话已经被用来维护一种国家政治体制，在这种体制内，不允许任何正式的反对意见存在，决策据说是在一个国家党内部以一致同意方式作出的。在肯尼亚、赞比亚、乌干达和其他一些国家中，所有的反对党都被取消了。以“协商”为基础的非竞争性政治体制在有着强烈的团体凝聚感的种族同质地区是有效的，但这种体制能否在一个国家的层次上施行，就深可怀疑了，而且，合意性政治也不是非洲大国的典型特征。

在五个多世纪的时间里，构成多数非洲文化之特征的利益取向模式的缺乏和经济盈余的集体性再分配一直受到西方统治的全球资本主义经济不断整合的影响。面对资本主义的扩张，大多数非洲国家已经以资本主义合理性来回应，只有如坦桑尼亚之类的少数国家例外。[31]因此，坚守对非洲共同体理念、再分配原则和合意性政治体制的信念是对非洲社会中已经发生的复杂结构变迁无知的表现，这种变迁是由英、法殖民主义及非洲纳入资本主义世界经济引起的。

总之，尽管非洲与西方社会之间的确存在着一定的文化差异，但这并不妨碍我们在人权概念与实践方面对它们进行一番比较。

美国的影响

正像前面已经提到过的那样，美国人权观念对非洲国家后殖民宪法的影响在很大程度上是间接的。传统非洲社会未能在对成文法之合宪性进行司法审查或保障个人权利与自由免受国家侵扰的基础上构建出一个人权概念来。在其存在的地方，它就部分证明了美国的影响，它通过两条正在聚合而又彼此独立的途径表现出来：一是英语和法语非洲国家对国际人权宣言的承认，再就是殖民宪法的发展。

人们已普遍承认：独立后的新非洲国家所通过的宪法在很大程度上依赖了（如果不是受制于的话）在独立之前谈判期间的前殖民势力。尽管非洲非殖民化的一般过程有时也是通过真正的解放战争完成的，但大多数情况下都是前殖民势力同民族主义运动势力之间和平谈判达成的。新独立的非洲国家所采用的宪法工具因此往往是欧洲模式的复制。在通过武力获得独立的情况中，自十九世纪末叶以来影响着非洲政治思想之概念框架的欧洲殖民遗产发生了断裂。例如，安哥拉和莫桑比克就接受了马克思主义的国家政权，而没有追随欧洲殖民模式。

司法和政治结构

要理解导致后殖民非洲承认和保护基本权利的机制，估量英语和法语非洲国家在司法和政治构架上的差异就甚为重要；而且，有人发现：美国的人权与自由概念在英语非洲国家比在法语非洲国家得到更多的支持。这应当部分归因于语言的联系，它便利了美国宪法对形成非洲法律原则和理论的影响，还应归功于人权被纳入非洲宪法这一过程。这些权利与自由的渊源以及它们所提供的司法独立的程度对评价非洲的英联邦国家来说非常重要。不过，确定和衡量与有关的政治因素（如一党制对保护公民自由的影响）也很重要。

渊源问题：国际公约的影响

毫无疑问，自二战结束以后，与人权有关的国际公约对大多数新获独立的非洲国家以宪法认同和保护人权产生过直接或间接的影响。在这方面，有两个文本值得特别注意：1948 年通过的《世界人权宣言》[32]和 1950 年通过的《欧洲人权公约》[33]。美国人权观念对这两份文件的影响在本书的其他部分已经讨论过了。这两份文件中被奉为神圣的政治和公民权利汲取了美国法条和法理。而且，两者都反映了 1789 年法国《人与公民权利宣言》的精神，而后者又正是受美国《独立宣言》和《弗吉尼亚权利法案》影响而产生的，它们是美国宪法性权利评述的主要渊源。再者，大家都知道《欧洲人权公约》直接受到《世界人权宣言》的启迪，这可以从该公约的序言中得到证明，此序言称：“ 志趣相投并秉承共同政治传统、理想、自由和法治之遗产的欧洲各国政府向着共同执行《世界人权宣言》中宣布的某些权利迈出了第一步。 ”

这些界定人权保护与实施的文件是怎样塑造了非洲后殖民宪法的呢？大多数非洲国家宪法所保护的权利和自由是早已为西方政治-哲学传统所接受的古老的“ 自然权利 ”。尽管如此，仍有可能和必要将《世界人权宣言》的影响同欧洲公约的影响区别开来，并说明非洲国家建立其基本权利制度的不同方式。人们也不应忘记《人与公民权利宣言》对法语非洲国家的特殊影响。

《世界人权宣言》

《世界人权宣言》对新的非洲国家宪法有着确定无疑的强有力影响。它为殖民地各族人民提供了一种将殖民主义作为对国际公认的人权保障之侵犯来加以挑战和谴责的合法性依据，许多非洲领导人在争取民族独立的斗争中引用过它。许多后殖民非洲宪法纳入了其内容因此不足为怪。[34]这种纳入很有意义：它使接受宣言之原则的非洲国家法院能够宣布那些与宣言相抵触的行政和立法法令违宪和无效。值得注意的是：在前法国殖民地，人们将这一宣言同《人与公民权利宣言》一齐用来有效地保障公民权利；而在英语非洲国家，宪法性的权利法案一般并没有体现《世界人权宣言》的精神，倒是从《欧洲人权宣言》中借用甚多。

引入《世界人权宣言》之原则的一个有趣实例是 1966 年的《马拉维共和国宪法》。在马拉维，制定一部民族的权利法案的意图被否决了，取而代之的是一份宪法性宣言：“ 马拉维政府和人民将继续承认联合国《世界人权宣言》中所列个人自由权的神圣性，并信守联合国约法 ”[35]。这种言辞看起

来更多反映的是政府认可个人权利之存在的意向，而不是一种对这些权利的正式宪法保障。

《欧洲人权公约》

英国的人权学说不同于美国[36]：传统的英国学说正像A·V·戴雪在二十世纪初所阐述的那样，强调议会主权的神圣不可侵犯原则。法官不能凌驾于议会之上，因此那里一直不适合制定一部包括权利法案在内的正式宪法。这种被称作“威斯敏斯特模式”的学说已经影响了许多政权对政治权力的安排。但是，在人权保护领域，美国用国家法院体系保障《人权法案》的宪法模式具有更大影响力。美国模式的基础在于具有最高权威的宪法对立法权所加的限制。由法院实施宪法，这一现代现象同美国宪法一道肇端于1787年。

在英国既不存在一部基本法，也没有享受特殊宪法和法律保护以反对议会干预的基本权利。权利保护依赖于大臣和公务员们的正义感、政治反对派的警觉、自由新闻界的影响、了解情况的公众舆论的压力以及频繁的自由和无记名的选举。“法官的作用受到两种因素的牢固限制：一是法院对于万能议会的臣服地位；再就是广为流行的欢迎狭小司法权的大众哲学”[37]。由于上述原因，我们有必要从总体上考察一下英属殖民地的权利问题。

1950年，《欧洲人权公约》被提交到设在斯特拉斯堡的欧洲议会，在此过程中英国代表出力颇多。艾德礼内阁中的一些大臣害怕违反公约事件的申诉从英国法院转到欧洲法院会对英国司法体系造成严重损害。对于历经数百年才建立起来的英国普通法和成文法体系要受适用着一套界定松散之法律的国际法院之审查一事，英国代表团中的某些成员感到无法接受。在反对公约草案的意见中，有一条就是认为个人请愿权同责任内阁制是相互抵触的。尽管如此，公约还是于1950年11月由部长会议签署通过了（涉及财产、教育和政治自由等权利的部分除外），并于1951年3月8日得到英国的承认。不过，英国未接受其中涉及请愿权和法院管辖的条文，也没有任何立法将公约中的权利和自由引入英国法中。

公约第一部分和其后一些条款所规定的权利和自由有：生命权（第2条）；免受酷刑及非人道待遇或处罚之自由（第3条）；免为奴隶或免受奴役之自由（第4条）；不受控制和安全的权利（第5条）；受公正审判的权利（第6条）；保护人们不受溯及既往之刑法追究（第7条）；个人的私人和家庭生活、房屋以及通信受到尊重的权利（第8条）；思想、信仰和宗教自由（第9条）；表达自由（第10条）；集会和结社自由（第11条）；结婚和建立家庭的权利（第12条）；当权利受到侵犯时得到有效救济的权利（第13条）；不受歧视地享受本议定书中列出之权利和自由的自由（第14条；第一议定书第5条）；平安享受所有物的权利（第一议定书第1条）；教育权（附件4，第2条）；自由选举权（第一议定书第3条）。

这些权利和自由大部分受到依照欧洲公约的保护体系的保障，遵循了《世界人权宣言》。欧洲公约是一份更有力的文件，因为它更为精细地陈述了对人权的保障，具体限定了对权利中止或打折扣的条件。对权利的任何减损都必须依国内法进行，并只能为公共利益所必须。有些权利和自由即使在公共紧急状态中也不得否弃，其中包括：生命权，例外的、列举出来的情况除外；免受酷刑及不人道或侮辱性处罚的自由；免为奴隶或免受奴役的自由；以及

行为或不为因溯及既往的法律而被定为犯罪并遭受处罚之自由。为实施公约条款，建立了欧洲人权委员会和欧洲人权法院。

欧洲公约所保障的权利和自由是传统的基本政治与公民权利，[38]这是由欧洲文化和传统所限定的。欧洲公约无意调和世界两大意识形态在看待人与政治社会之关系问题上的差异。公约所建立之人权原则进入非洲的主要途径有两条：一是公约在非洲国家独立之前其效力向这些殖民地的延伸；再就是通过后殖民时期根据公约制定的宪法性权利法案[39]。依此公约，“本公约的各项条款应当在适当考虑……地方性要求的条件下适用于这些地区。”[40]这种措词的结果是公约中提出的许多权利自由不经严肃改动就无法推行，因为这一公约是为在欧洲的政治、社会和文化氛围背景中适用而起草的。

因此，重要的是确定公约所打算的对殖民地的公约适用。比如，这种延展是否意味着殖民地的人民可以宣称公约规定的权利受到侵犯并诉诸司法程序来实现这些权利？抑或公约的延展只意味着要求殖民国家在对付其人民时考虑到公约条款。

《欧洲人权公约》的存在在 1950 年代尚不为殖民地人民所周知。对所宣称的权利侵犯进行司法调查的技术性困难也限制了公约的影响。不过，该公约还是通过强化英国政府对附属国人民所负责任的含义和内容而对殖民地产生了一些实质性影响。要检测公约在非洲的生命力，就得看它在多大程度上为新独立国家的宪法体制所吸收。

尼日利亚为我们的研究提供了一个最早的例子。[41]1957 年 5、6 月间，该国的一次宪法会议同意将基本权利纳入未来的国家宪法之中。当会议于 1958 年 9、10 月间重新开始时，又通过了一些包含以欧洲公约为模本的可强制执行之基本权利内容的条款。[42]这是一个意义重大的事件，标志着英联邦放弃了反对以宪法保护人权的旧立场。[43]

此后，大多数取得独立的英联邦国家都陆续仿照欧洲公约制定了保护基本人权的法典。依年代顺序，先后有下列国家在它们的宪法中采纳了欧洲公约的原则：尼日利亚、塞拉利昂、乌干达、肯尼亚、马拉维、冈比亚、博茨瓦那、莱索托、毛里求斯、斯威士兰、塞舌尔以及津巴布韦。[44]

写入尼日利亚宪法中的人权原则有一个显著特征，就是它对个人的重视，它同时反映了美国和欧洲两种保护传统公民自由权的方式。尼日利亚对宪法权利的保障在很大程度上是基于欧洲公约的先例。[45]在确定对权利与自由保护之限制方面，尼日利亚《权利法案》紧紧追随着欧洲公约。不过，

> 在欧洲公约中，为限制权利与自由之保障的法律而设定的标准更为精确：它们必须是为民主社会所必需者。至于什么是必需的、什么是有正当理由的，则因事而异。而且宪法所设想的司法审查的范围显然比公约所规定的要窄。[46]

在独立后仍保持着民主政治的后殖民非洲国家，法官可以依据从欧洲公约中衍生的标准对立法和行政行为之合宪性进行审查。而有必要记住这样一个事实：欧洲公约中含有许多受美国宪法启发的原则。于是，人们看到一种奇怪现象：英国在它的前殖民地引入了一套对制定法进行司法审查并给基本权利以宪法保护的制度，而在自己老家却不曾建立。

司法独立的难题

在多数英语非洲国家，宪法性的权利法案是司法审查的一个基础。法院是传统的个人之间以及涉及国家作为一方当事人的纠纷的仲裁者，这一典型的司法角色允许它们宣布任何被认为与权利法案条款不符的行政和立法行为违宪和无效：“司法审查是法院的权力，它依先前设定的适当程序或按照宪法、其他政府法的规定行使这种权力，其结果是宣布某种措施无效和作废，或是为某行为的有效性作辩护并因此使其在以后免受挑战。”[47]首批独立后的非洲英联邦国家宪法有一个显著特征，就是它们直接授予法院很大的解释宪法性事务的权力。在实施权利保障[48]以及对涉及法院管辖和立法程序的宪法条款作出解释方面，[49]这特别有意义。这种解释权赋予了法院宣布任何被视为违反宪法之立法活动和行政活动无效的能力。这样，司法独立也可能被看成是给政府招来的一种根本性难题。人们还可能会问：司法独立是在英语非洲国家还是在法语非洲国家得到更好的保障？

在英国系统中，独立之前的非洲殖民地司法机构是作为殖民地文官体系的一部分而建立起来的。殖民地法律事务系统中的总检察长一职被认为是法官职位的进身之阶，副检察长一职也大抵如是[50]。这样，法官的任命实际上由总督控制，他根据伦敦的殖民事务大臣的建议来进行任命。殖民地的法官和司法行政官尊奉女王陛下的意愿来履行其职责，但实际他们享受着最大程度的任期保障。

当政治权力移交到非洲民族主义政治家们手中时，司法独立的宪法保障被当成一件头等重要的大事。[51]在 1957 年获得独立的加纳，法官由宪法直接规定建立的一个独立的司法委员会来任命。不过，首席大法官还是继续由加纳行政部门任命。司法人员的免职问题在加纳宪法中有详细的规定，其原因可能会是失职或无能，最后决定由行政首脑根据立法机关三分之二多数的请求作出。

在尼日利亚，法官的任命也是由独立的司法委员会来进行，免除法官职务的条件也与加纳相似。多出的一个条件是：伦敦的英国枢密院司法委员会可以对法官的免职进行干预。[52]此后，这些条款被照搬到几乎所有非洲国家的宪法中，[53]除了乌干达、赞比亚、博茨瓦那和斯威士兰等几个例外。在这几个国家，当地的司法裁判所可以自行作出决定，而无须依靠枢密院司法委员会。

在一些独立后的非洲国家，任命司法人员的程序发生了重大变化。独立时所采纳的宪法保障在肯尼亚、赞比亚、博茨瓦那、莱索托和斯威士兰原封不动地得到保持。但是，这些国家的总统往往享有任命法官的权力。

在司法人员免职问题上，加纳、肯尼亚、坦桑尼亚以及其他一些国家已经废除了对枢密院司法委员会的依赖。[54]废弃这种独立后宪法之制度性防护的一个原因就是行政首脑们不能容忍一项主要国家权力落在总统权力范围之外，正如加纳和马拉维分别于 1960 年和 1966 年所显示的那样。一党制的国家也不能容许任命、免除或暂停法官职务这样重要的党权受到限制。

尽管如此，在坦桑尼亚、赞比亚和加纳等一些国家，独立后的总统制或一党占先还是伴随有对司法独立是“法治之基础”的重申。[55]不管怎样，司法独立总是意味着不受政治的影响，同时也不受立法和行政的控制。但是，在非洲许多国家，司法裁决都偏向于支持某个执政党，而且，在政党中也有司法职务。在加纳、尼日利亚、坦桑尼亚和赞比亚，法院与行政机关之间的关系明显地显示出：官方宣称的独立司法机构的廉明公正与政治领袖的行为

并不总是能保持协调。[56]

在这样的环境中，有人可能会表示怀疑：英语非洲国家的司法独立传统能不能算是对人权保护最有意义的影响呢？

一党国家中的权利和自由问题

对基本人权的有效保护与一党制政府的采用能有多大的相容性呢？在法律上或事实上，大多数非洲国家都正在实行、或曾经实行过一党制。这些国家中有一些拒绝把《权利法案》作为一个实质性组成部分纳入国家宪法之中；其他一些，如赞比亚（1973）、塞拉利昂（1978）和坦桑尼亚（1984）则保留或采纳了一部《权利法案》。引人置疑的是：一部可操作的《权利法案》能否见容于一个法律上的一党国家。[57]

一党制首先是在几内亚、象牙海岸和马里等法语非洲国家建立起来的。这些国家的宪法通常都在一个特别的序言中宣称保护“人和公民的权利”。1964 年，加纳在英联邦非洲国家中第一个建立法律上的一党制〔人民大会党（CPP）〕。坦桑尼亚紧随其后（1965 年）[58]，此后又有马拉维（马拉维国会党，MCP，1966 年）、赞比亚（联合民族独立党，UNIP，1973 年）和塞拉利昂（全民议会，APC，1978 年）。只有少数几个国家，如博茨瓦那、冈比亚、塞内加尔和津巴布韦，才保存着多党制政府。

使非洲接受一党制的原因有很多。在坦桑尼亚，据说“坦噶尼喀非洲民族联盟”（TANU）自 1954 年成立以来就赢得了坦噶尼喀人民的绝对拥护，并在所有竞选中获胜。[59]赞比亚在 1964 年独立之后本来采用的是多党制。后来，由于最大的反对党在某些省份获得了稳定的支持[60]，国家统一的需要就成了引进一党制的主要理由。还有许多人认为赞比亚不应再依附威斯敏斯特模式和英国法律原则。

一党制原则在加纳是经过一次公民投票之后于 1964 年采纳的。在马拉维，H·班达博士的政府组建了一个宪法委员会来起草共和国宪法。该委员会提议建立一个一党国家,该建议于 1965 年得到马拉维国会党全国大会的一致通过并于 1966 年得到政府批准。在坦噶尼喀，引进一党制的决议是由执政党 TANU 的全国执行委员会作出的。一个总统委员会受命研究建立一个“民主的一党国家”所必须的宪法变更。该委员会的意见经修改后得到政府的认可并构成 1965 年坦桑尼亚临时宪法的基础。[61]

在赞比亚，肯尼思·卡翁达总统于 1972 年组建了一个“一党参与民主全国委员会”，[62]一党制国家于 1972 年 12 月正式形成。此举使联合民族独立党掌握了大权。但是，反对党非洲国民议会（ANC）的领导人恩昆布拉到赞比亚高等法院向政府一党方案的合宪性提出挑战，宣称它侵犯了受赞比亚宪法保护的请愿者的基本权利。反对党领袖的主要要求是保存自由集会和作为 ANC 的党员或领导人与其他人联系的权利、表达和接受意见的权利以及不因政见而受歧视的自由。他认为这些权利不可能存在于一党制之下，而且这种制度明显地与宪法精神相背。这些诉讼请求在赞比亚高等法院未获支持。[63]

恩昆布拉案的裁决与塞拉利昂的 Steel et al. v.AttorneyGeneral 案可以一比，在该案中，上诉人的诉状中指出：由政府任命一个一党委员会造成对有强制力的保障人权的宪法条款的一种威胁和侵犯。在两个案子中，法院都赞同这样一种观点：受任治理一个社会的政府可以对个人自由施加宪法性

限制，只要它认为这样做对造福社会整体来说是必要的。

一些后殖民地非洲一党制国家宪法中也包含有一部《权利法案》，如赞比亚（1973）、塞拉利昂（1978）和坦桑尼亚（1984）等国宪法。三者之中，尤以赞比亚这个实例[64]最为有趣，因为它的一党制是通过共和国宪法的一条简短修正案引进的。在起草这一修正案时，总统明确指示赞比亚国民会议给予法治至上、司法独立和保护基本的个人权利与自由等基本原则适当的关注。

关键的问题是《权利法案》能否与一党制并存。大多数作者在谈到非洲政治和宪法事务时都认为一党执政显然与基本政治权利和自由的保障不协调。另一些人则相信：认为一党制政府结构中不可能存在相当数量的权利和自由是没有道理的。

显然，采用一党制会不可避免地对某些政治权利和自由的享有造成限制。但同样正确的是：其他自由权也不能仅仅由权利的宪法性保障来完全保卫。议会可以按照政府的意见轻易修改一部宪法，包括其中的《权利法案》。在传播媒介完全受政府控制的国家，司法机构寻求不到外在支持的国家以及缺乏警醒的公众舆论的国家，其政治、文化和社会条件都不利于个人自由之有效保护。

不过，有些国家之引入一党制并未改变先前存在的权利和自由。一般说来，受一党制直接影响的个人自由是集会和结社自由、表达自由以及不受基于政治立场之歧视的自由。[65]

在集会和结社自由方面，党员资格的重要性是不容否认的。执政党本身被看作是“一场得到全民支持的国民运动”。[66]关键的问题仍然是党员资格的批准以及保护党员不被任意开除。

一般来说，一党制国家允许人民自由地组织或参加诸如工会、妇女和青年联合会、合作社以及学生联合会之类的私人组织和协会。但是，这种协会和组织依附于执政党，它们的行动受到执政党的严密监督。这种情况在坦桑尼亚、马拉维和赞比亚都存在。

在法律上的一党国家，表达自由同样受到压缩。这种自由权中最重要的要素是新闻出版自由，特别是新闻界能够教育人民、帮助创造一种信息灵通的公共舆论的独立程度。这种独立在一党体制中能否出现是一个问题。[67]

最后，司法独立在一党制下对于解释和实施受保障的权利来说变得极其重要。在宪法中包含有《权利法案》的地方，这就更为关键了。

任何一场关于美国传统权利概念的作用与非洲国家宪法和实践之关系的讨论都必须考虑上述因素。这对解释当今宪政发展中的弊端有所助益。作为许可非洲独立这一过程的一部分，在起草《权利法案》时，对欧美传统多有借重。一般说来，在非洲社会的社会政治背景中，很少有非洲宪法学说发展起来，因此事实证明法院在确保个人自由方面往往乏力。这是因为西方式的人权保护制度暗含着一定程度的政府制衡和控制，而这对于许多后殖民地非洲政权来说是无法接受的。

英语非洲国家的人权保护：美国宪政传统的影响

虽说美国宪法和美国人权观念对英语非洲国家的影响显然比对法语非洲国家来得更为直接，对这一问题还需进行进一步的实证研究。

一个可以观察到的事实是：由于英国缺乏一种基本人权学说，英联邦国家的法院在解释规定这些权利的新法典时越来越多地向美国判例法求助。由于涉及平等保护、自由表达、个人隐私和正当程序的美国宪法概念之可适用性，这种演化就不可避免了。另一个重要因素在于英国宪法的局限性，即其为议会万能所限制。

不过，一些非洲英联邦国家还保留着枢密院司法委员会的上诉管辖，试图阻止向美国传统的演化。在 Ong Ah Chuan v.Public Prosecutor 一案的枢密院裁决中有这样一段话：“美国最高法院的裁决是以该国《人权法案》为根据的，这一法案所用词句已有近 200 年的历史了，对于解释现代英联邦国家宪法……条款几乎没有什么帮助，这些宪法在各方面都遵循着威斯敏斯特模式”。[68]

然而，枢密院的意见未能阻止斯卡蒙和布莱特曼爵士参照美国宪法来评价死刑是否符合牙买加宪法。正如 A · 莱斯特所说：

> 美国宪法判例注定要渗入现代英联邦国家，因为这是很自然的……。正像欧洲委员会和人权法院给予美国最高法院宪法判例以说服效力一样，英联邦国家法院在判定无枢密院裁决可循的问题时也必定会赋予美国判例以说服效力。华盛顿与伦敦之间的竞争不是势均力敌的，因为除了少数几个由枢密院裁定的判例外，英国法官无力对抗立法权之滥用以保护基本人权。[69]

加纳的司法审查[70]

由于对宪法性人权法案的明智性表示怀疑,加纳 1950 年宪法的制定者们找到了一种折衷的安排：由《关于基本原则的总统宣言》代替实质性的宪法条款来表达个人自由权。不过，反对恩克鲁玛总统的威权主义导致在 1969 年加纳宪法中纳入了一部权利法案。[71]

在许多加纳司法判例中都可以观察到美国宪政和美国人权观念的影响。[72]例如，在 People ’sPopularParty 案中，[73]审判长宣称：在解释 1969 年加纳宪法方面，美国经验是比英国裁决更好的指导：

> 英国没有成文宪法，而且正如戴雪已经明确指出的那样，分权原则在英国宪制中未被坚定地奉行。在普通法的管辖范围内，我认为美国经验能更好地帮助我们适用我国宪法第 12 条和第 27 条，而且，在我提议从那种经验中寻求指导时并未忘记：在最后的斟酌中，我国宪法的实际语句必须按照我们自己的成文法解释规则来加以解释。[74]

凭借着加纳宪法中关于基本人权的条款，同一法官又在 Osei v.The Republic 一案[75]中拒绝接受一项上诉法院裁决的约束，向被告提供了信息。在以明显的不屑语气提到恩克鲁玛时代最高法院在 Akoto 案[76]中表述的意见时，这个法官宣称：

> 从我个人的角度来说，我不准备把宪法第 4 章中列出的基本权利当作一种仅因法院之恩典来加以适用，因某些权威的施舍而得以享有的冠冕堂皇的誓言。它们是加纳人民作为人而固有的权利，不能在法律上受到减损。[77]

在 1974 年的 Ororiev.TheRepublic 一案[78]中,上诉法院强烈地主张在解释加纳宪法时要向美国传统寻求指导。首席法官在代表法院发言时援引了

美国最高法院在Escobedov.Illinois[79]一案和Mirandav.Arizona一案[80]中的著名裁决，主张执行逮捕的官员有责任告知被逮捕者有权自己选择律师。[81]

加纳法院在宪法解释方面的变迁为研究宪政演进提供了一个有趣的例证。加纳司法机关最先采用的方法是严格法条主义的；正如几个涉及预防性监禁的案例所显示的那样，加纳法院当时完全受英国法院对制定法语词所作解释的左右，几乎只向英国法院寻求指导和启发。这是完全可以理解的，因为这一时期几乎所有加纳法官都是英国训练的。然而，到了这个时期快结束时，对英国裁决的支配权威开始有确然的背离。这在一定程度上应归因于1969 年加纳宪法将宪法保护的责任交给了法院，并纳入了一部权利法案。这些变化增加了美国裁决的可适用性。

赞比亚的司法审查

在赞比亚，司法机关对与基本人权有关的违宪申诉会作何反应，也有必要探讨。我们注意到，自赞比亚于 1973 年实行一党制始，该国就有一部《权利法案》，司法独立也得到正式重申[82]在赞比亚的法律案件中，只有极少数是依据权利法案来裁定的，同个人自由权和迁徙自由有关的案子除外[83]。要辨明赞比亚高等法院的准确推理方式是不太容易的。英国判例法的影响仍然重要，尽管赞比亚法院也求助于其他的外国实例（比如“印度方法”）来解释同基本人权有关的宪法条款。在如评价一项拘留或管制令的程序及实体有效性之类的案子中，就是这种情况。[84]

我们应当看到：赞比亚司法机关在解释其他基本人权条款时也受到一些美国的影响，虽然这些解释倾向于支持政府的立场而不是注重保护个人。例如，在 Patel v.Attorney General 一案中，[85]申诉人力劝法院追随美国Grau v.United States 一案[86]的判例，此案裁决宣布第四修正案对搜查令的要求应作宽泛解释。麦格勒斯大法官在解答这一问题时说：“因此如果我必须完全按照其字面含义来解释‘法律’在相关条款中的意思，我更倾向于得出更有利于申诉人而不是国家的解释。”但这一法官还是认为赞比亚司法机关不受产生于其他司法管辖的有关宪法解释的决定约束。

在另一个案子中[87]，首席大法官布莱格登从美国最高法院裁决中援引词句，以支持这样一项要求：公立学校的孩子们必须唱国歌并向国旗致敬，违者将受到被学校停课的处罚。他特别提到一个类似的案子——Minersville School District v.Gobitis。[88]在此案中法院支持这种要求，引用了弗兰克福特大法官的意见[89]，认为在判断唱国歌和向国旗致敬能否被看作宗教仪式或庆典时必须适用一种客观的标准。尽管他也顺带地提到 West Virginia State Board of Education v.Barnette 一案[90]，可布莱格登大法官明显作了区分，理由是：“在一个民主社会中，判断何为合理之标准可能会随该社会建立时间的长短而有不同”[91]。

法语非洲国家的人权保护：有限的美国影响

总结法语非洲国家在保护人权方面的经验是很困难的，即使我们把自己限定在几个已经选择效仿一种合理的民主模式的国家，情况也是如此。虽然

有些国家不可否认地追随了法国模式，还是有一些别的国家试图建立反映特定国情的制度。

法语非洲国家没有大量地直接接触美国宪法概念。这主要是因为法国和比利时都不曾实行以美国宪政模式为基础的司法审查制度。英语非洲国家先采用威斯敏斯特模式，然后又转向一部成文宪法，一部《权利法案》和美国宪法判例；与此不同，法语非洲国家更直接地追随着前宗主国的宪法模式。在非洲国家纷纷独立的 1960 年代，法国宪法委员会才刚刚成立（同第五共和国一起诞生），而且直到七十年代它才开始有效地行使其审查权。比利时则更晚些时候才建立了仲裁法院，加入到这种潮流中来。

共同的语言以及许多法语非洲国家社会精英在法国本土所受的教育这两重纽带为这些新国家向巴黎而不是华盛顿学习司法模式提供了一种合乎逻辑的解释。不过，虽然这些国家由法庭进行的司法审查像许多欧洲国家法庭一样采用了不同于美国的制度形式，宪法的司法实施这一概念在很大程度上还是应归功于美国观念和经验。

我们不应臆断法国解决人权问题的方式被这些国家纯粹地、简单地照搬了。体现在新独立国家不同宪法中的保护人权的方式顺应着其特定的社会政治背景而发展着。发展中国家忙于建设家园、巩固统一、促进经济，还无暇顾及公民与政治权利的保护。再说，非洲法院体系在独立时还几乎不存在，不可能在一夜之间就完全建好。

人权的宪法表述

黑非洲法语国家的一些宪法在一定程度上参考了 1948 年《世界人权宣言》[92]和法国 1789 年《人与公民权利宣言》。1963 年 3 月 7 日的塞内加尔宪法[93] 、1960 年 11 月 3 日的象牙海岸宪法[94]、1961 年 2 月 21 日的加蓬宪法[95]以及 1960 年 11 月 30 日的上沃尔特（后来的布基那法索）宪法都属此类。另有一些宪法仅反映了《世界人权宣言》，如多哥宪法（1979 年 12 月 30 日）、科摩罗群岛伊斯兰联邦共和国宪法（1978 年 10 月 1 日）、吉布提宪法（1977 年 6 月 27 日）、喀麦隆宪法[96]、马里宪法（1974 年 6 月 2 日）、扎伊尔宪法[97]、以及卢旺达宪法（1978 年 12 月 20 日）。还有极少数国家的宪法没有参考两宣言中的任何一项。这样的宪法似乎只有 1975 年 12 月 21 日马达加斯加民主共和国宪法和 1980 年 11 月的布隆迪共和国宪法。

这些国家的宪法所供奉的权利和自由几乎都融和到宪法正文中去了，而且通常都构成单独的一个章节（例如扎伊尔、卢旺达、塞内加尔、马达加斯加和多哥等国宪法）。不过，它们也可能被放在序言或序言后的开始一章中（如喀麦隆、加蓬和科摩罗宪法）；在有些情况下，则只有参见某一国际人权公约才能引申出来（如象牙海岸宪法）。

非洲国家宣布为宪法性的实体权利和自由既包括公认的公民权和个人权，也包括利集体权利，如言论自由、宗教自由、集会自由和选举权等。此外，受保障的权利中还包括工作权、教育权、健康权和财产权这样的基本经济和社会权利。某些宪法在表述权利和自由时用词含糊不清，甚至对公民和政治权利都是这样（如 1979 年 12 月 30 日的多哥宪法）。有些受社会主义影响的宪法（即便不属于马克思列宁主义性质）倾向于强调经济和社会权利

而不是公民和政治权利。

在非洲国家宪法中，罕有只宣布基本人权而不伴以提醒人们注意对社会之义务者。这种对共同体的重视在非洲社会政治背景中是一种广泛认同的观念：传统社会围绕着一个共同体组织起来，个人权利的内容及其保护都源自于它。[98]

人权保护的制度安排

许多法语非洲国家建立了名称各不相同的专门法院，专司立法合宪性的审查[99]，也有些保存着“法兰西共同体”（Co- mmunaute）时代的法院系统[100]。不论是在前法国殖民地还是曾受比利时控制的国家都以这些机构为特点（尽管在那一时期比利时自己就没有司法审查制度）。[101]

司法审查权通常由这些专门法院独享；普通法院无权对立法的合宪性作出裁断。大家都知道，“欧洲式的”司法审查就是以这种专门法院为特色的。尽管在机构设置上有所不同，这与美国制度还是有一种本质上的相似之处：立法行为都要受到司法机关的审查，以确定它是否与宪法相一致。

在保护基本人权免受立法权滥用之害方面，显然美国的司法审查方式更能有效控制立法。这是因为：在美国，宪法规范是在具体纠纷的背景中来加以审查的，而且，美国司法机关可以进行事后干预。

或许，采用专门宪法法院并非法语非洲国家解决宪法保障问题的唯一途径。因此，我们也许会看到前殖民势力在建立这种制度的过程中的直接影响。

有些法语非洲国家仍保留着独立时创设的机构，尽管这些机构已随着国内环境的变迁而有所调整。它们的结构基本上是彼此相似的，并且都与法国宪法委员会相仿。这种机构在塞内加尔[102]、喀麦隆[103]、象牙海岸[104]、加蓬[105]、马里[106]多哥[107]、布隆迪[108]、卢旺达[109]、扎伊尔[110]和科摩罗群岛[111]都已经建立起来了。

美国观念对法语非洲国家的影响虽然不是完全不存在，但的确十分有限。不容否认，司法审查这一概念以及正式宣布基本人权的作法都是并入法国和法语非洲国家制度的重要美国概念。不过，人们也须记住：新获独立的非洲国家主要忙于增强国力并发展出一种有活力的经济。建立一套司法审查程序以保护个人权利是次要的目标。

还有必要强调一点：这种专门法院——宪法法院、宪法法庭或宪法部——的成员构成中包括一些选举产生的立法人员，同职业法官一道工作。[112]尽管法语非洲国家与美国之间存在着联系，这些国家的大多数还是更直接地受到欧洲大陆经验的影响。宪法法院或宪法法庭组成人员中偏重于由国家元首任命政治性人物。这种作法至今仍为法国宪法委员会所继续采用，在那里，历届前任总统自动享有宪法案件管辖权[113]。在一党制国家，是由党直接任命宪法性司法机关成员。[114]

非洲宪法法院的权力在大多数情况下得由政治当局的创议而确立；有关公民的介入只能是例外。一般来说，法律只能由国家元首、或由国家元首会同国民会议主席交给宪法法院审查[115]。在极少数案子中，可能会有更多的机构参与活动[116]，就像在法国宪法委员会和相似的欧洲宪法机构中会出现的那样。这些机构对宪法性事务有真正的垄断权。我们还应记住：在法语非洲国家，颁布之前就被宣布违宪的法律不能被批准和施行。因此，这种决议

对所有公共机构、国家行政和司法机关都有强制力，[117]没有上诉的可能性。[118]

法院结构、管辖及实践方面的差异无法掩盖这样一个基本事实：美国在司法审查方面的哲学和经验曾对法国创设保护基本人权的司法措施起到过一定的鼓励作用，就像对其他许多国家一样，而且，在法国曾发生的一切又影响了前法国殖民地的类似发展过程。

还有两点能触动观察者之处，人们可以由此窥见法语黑非洲宪法模式与其美国和法国对应者之间的差异。首先是法语非洲国家司法机构功能的多样化。非洲宪法法院或法庭常执行不同的任务，从审查制定法的合宪性到审查行政决议、国际条约和国内政治会议议案的合宪性。有时，宪法法院和法庭还可能监督总统和议会选举以及公民投票、或是对弹劾国家元首案进行评审。进而人们会注意到这些司法机构正在执行着越来越多的协商职能，这使它们有可能转变成政府顾问机构。[119]这样，它们在许多问题上都会提供意见,从一部法案或政令草案的合宪性到一项立法[120]或任何一般文件的有效性。[121]所有这些都显示出一种逐渐远离美国司法职能概念的趋势。

另一观感就是：这些机构在法语黑非洲国家事先审查制定法之合宪性的活动已大幅度减少，有时甚至消失了。[122]如果人们考虑到这些机构组成人员受任和工作的条件，对此就不应感到诧异了。希望他们在有效保护人权方面起到很大作用是不太现实的。

结语

在英语非洲国家，美国宪政以及由法官来保护人权的美国构想看来正起着越来越大的作用。英国模式固守议会至上原则，法国模式理所当然地未被英国引介给自己的前殖民地，这些因素都使英语非洲国家转向美国法律前例。另外，由于《欧洲人权公约》被引入这些国家的宪法而出现的宣言也为美国观念的繁盛提供了肥沃的土壤。要确定每个英语非洲国家最高法院的司法推理是否都或多或少地受到美国宪法判例的启发，就得逐个追踪并研究它们的活动。共同的语言纽带为增强美国和英语非洲国家之间的联系提供了动力。

在法语非洲国家，美国宪政传统之影响的增长显得较少可能。这不只是由于这些国家不习惯于对本国法律中同人权有关的内容进行严格的合宪性审查，更因为它们不愿意朝这个方向发展。司法独立的缺乏以及对宪法法院或宪法法庭组成人员的政治任命都阻碍着美国式司法审查和宪法性人权保障的运作。[123] 不过，尽管存在这些局限，司法手段还是得到发展，这使形式上的人权宣言越来越贴近日常生活了。

在讲英语和讲法语的非洲国家，有力、有效保护人权的主要障碍来自于美国或西欧都未曾遇到过的一般的社会、政治和经济因素。贫穷和迫切需要经济与社会发展是在南撒哈拉非洲推行人权政策会遇到的结构性障碍。在西方世界，公民和政治权利的扩大是缓慢地与财富的增长同步进行的。因此，高层次的人权保护可能是经济发展的产物。大多数非洲国家在从殖民状态挣脱出来的过程中未曾受到过人权观念的激发，它们用以装点独立前夜的自由宪法对它们自己来说只是一种人为的工具。

同严重的贫困一道困扰着南撒哈拉非洲国家的还有国家建设与发展中的

具体问题。作为政治单元，这些国家是偶然的殖民地疆界而不是传统民族共同体的产物。在此背景下，部族主义是最严重的分裂因素，这在某种程度上可以说明为什么非洲政治领袖要用威权主义手段来防止社会解体。

而且，对黑非洲人权记录的批判往往是以西方国家设定的公民和政治权利标准来评价这些国家。但是，对非洲人民来说，推动经济和社会发展所急需的不是公民和政治自由，而是经济方面的权利。要评价黑非洲国家政府，必须以其本国情况为凭，而不能依据一种以更完善的社会、经济和政治环境为先决条件的标准。

其他的难点也应加以考虑。在法语非洲国家和某些英语非洲国家（如赞比亚），[124]法院应邀对即将由国家元首签署的法案之合宪性提出顾问意见。这种顾问意见不是一项司法裁决，因为它没有强制力，只能被用以增强一个政治机构的力量以反对另一个。因此，反对法院提出顾问意见的呼声一直伴随着司法顾问制的进程。举例来说，美国最高法院从一开始就一以贯之地反对提供这种顾问意见。这里面有一种内在的危险性：它会使法院越来越多地卷入政治，而不偏不倚的独立司法评判则日益减少。[125]

后殖民非洲社会的另一个主要特征是一种几乎总在持续的紧急状态。在建立抑制分裂性的社会和政治势力所必需的权力之合法化公意基础时，新形成的、脆弱的非洲政治组织遇到了严重的问题。尼日利亚、乌干达、扎伊尔、卢旺达、布隆迪以及其他一些国家都曾经历过由部族、种族或社区暴力所造成的分裂之痛苦。

国内紧急状态侵蚀着司法控制，或通过创造由政府来行使特别权力的条件使之彻底瘫痪。的确，所有国家在紧急状态中都会把宪政限制到某种程度。但是，在黑非洲，紧急状态成了一种常态，这样就造成一种滥用紧急状态权废弃合宪政府的趋势。

我尚未得出一种乐观的结论。传统的人权是一种有历史根源的现象，而黑非洲尚未具备有助于有效保护人权的经济和社会条件。不过，这种悲观主义可以从这样一种希望中得到平衡：通晓历史的政治领袖们将致力于确保更有利于人权保护之条件的形成。

注释

[1]例如，在 1975 年 6 月颁布的莫桑比克宪法中，虽然可以看到莫桑比克人民共和国正式确认了个人自由（Art.33）和私人财产权（Art.12）原则，但又规定公民们只能“ 在宪法目标已获实现的范围内 ”享受这些权利和自由（Section 2 , Art.27）。该国禁止“ 滥用个人权利和自由来损害人民的利益 ”（Section 2 , Art.36），甚至要“ 严厉惩罚……与 FRELIMO（解放莫桑比克人民阵线）的目标以及群众革命路线作对的罪行 ”（Section 2 , Art. 36）。

[2]这方面有几篇重要文章值得一提：Raimundo Panikkar, “ Human Rights : A Western Concept? ” Interculture (January-March 1984),82:28;Raimundo Panikkar, “ La notion des droits de l ’ homme, est-elle unconcept occidental? ” Diogene(1982); 120: 87; Gregory Baum, “ Avoidinga Liberal Caricature, ” Interculture(January-March 1984);82:49;Osita C.Eze, “ Les droits de I ’ homme et le sous-developpement, ” Revuedes droits de I ’ homme(1979);7(1-2):5; A.Glenn

Mower, “ humanRights in Black Africa; A Double Standard? ” Revue des droits de I ’ homme(1976),5(1):39; Asmaron Legesse, “ Human Rights in AfricanPolitical Culture, ” in Kenneth W. Thompson, ed., The Moral Imperative of Human Rights; A World Survey (Washington, D.C.: University Pressof America,1980)。

[3]Panikkar, “ Human Rights: A Western Concept? ” p. 28; Howard R.Berman, “ Are Human Rights Universal? ” Interculture (January-March1984); 82:53; A.Pollis and P.Schwab, “ Human Rights;A WesternConstruct with Limited Applicability, ” in A. Pollis and P. Schwab, eds.,Human Rights;Cultural and Ideological Perspectives(New York:Praeger, 1979); Peter L.Berger, “ Are Human Rights Universal? ” Commentary(1977);64:62.

[4]参见 Interculture(January-March 1984),82:49-88。

[5]Panikkar, “ La notion des droits de l ’ homme, ” P.87.

[6]Pannikar 在 The intrareligious dialogue(New York:Paulist Press, 1978)一书中指出：“ 同质并不能理解成相同；它代表着一种通过拓扑变换后发现的特定功能等价 ”；它是一种 “ 存在判断的功能性类比 ” （p.22）。因此，Braham 和 God 这两个词既不是相似的，也不是严格等值的；它们是同质的。

[7]Dennis Goulet, “ Some Complementary Remarks, ” Interculture(January- March 1984),82:63.

[8]其实，像经济、社会和文化权利这些欠完善的概念也是起源于西方的。从某种意义上说，这些概念是欧洲社会主义传统的产物，这种传统源于工业社会的一种特殊见解。

[9]Panikkar, Intrareligious Dialogue,p.32.Panikkar 对现实的看法中暗含着这样一种中心思想：现实是由文化、符号、语言及行为的多元化构成的。因此，将不同文化间的差异性拢合实际上是简化论者的作法。只有以 “ 交叉文化 ” 的方式来进行对话，才能穿越障碍，理解意义和生活的普遍性。

[10]Panikkar,Intrareligious Dialogue, p.39. 作者认为印度的 svadharma 是西方人权概念的功能等值物。

[11]J.Donnelly, “ Human Rights and Human Dignity, ” American PoliticalScience Review(1982),76:304.

[12]J.E.S.Fawcett, “ Human Rights and Domestic Jurisdiction, ” in EvanLuard,ed., The International Protection of Human Rights(London:Thames and Hudson,1967), p. 301; L. Maki, “ General Principles ofHuman Rights Recognized by All Nations:Freedom from Arbitrary Arrestand Detention, ” California Western International Law Journal(1980),10:272-313.

[13]Berger, “ Are Human Rights Universal? ” p.62.

[14]Barrington Moore,Jr., Reflections on the Causes of Human Misery(Boston, Mass.:Beacon Press, 1970),p. 2.

[15]无论如何，正如法国哲学家保罗 · 利科在达卡 “ 国际哲学学会 ” 大会上所说的那样，如果人权概念不是普世性的，那么就没有一种存在于所有文化中的 “ 权利观念 ”。由此观之，人权要求乃是一种可以通过不同的思路

用各种不同的方法来表达的普遍要求；请参阅：Benoit S. Ngom,Les droits de l ’ homme et l ’ Arique(Paris:Silex,1984),p.161。塞内加尔前总统 Leopold Sedor Senghor 用如下语句表达了同样的思想：“尽管有可能变得与众不同，人权保护机制的历史还是使我们相信：保护方式有因时而异的多样性，而且，还需要有实施这些保护措施的一致同意依人权来进行保护的人民。共同的意愿表达和一般的相互性是保卫和促进人权的一个基本条件。”

[16]Rhoda Howard, “ Is There an African Concept of Human Rights? ” Working Paper No. 4(A-8),Toronto, Canad a, 1983.亦可参见 Rhoda Howard, “ The Dilemma of Human Rights in Sub-SaharanAfrica, ” International Journal(1980),35(4):724;Laurie S.Wisebe rg, “ Human Rights in Africa:Toward a Definition of the Problem of theDouble Standard, ” Issue(1976),6:5;Mower,“ Human Rights in BlackAfrica, ” p.53;J.Donnelly, “ Human Rights and Human Dignity: AnAnalytical Critique of Non-Western Conceptions of Human Rights, ” American Political Science Review(June 1982),76(2):304.

[17]Howard, “ Is There an African Concept of Human Rights? ” p.4.

[18]J.K.Nyerere, “ Ujamaa,the Basis of African Soc ialism, ” in Ujamaa, Essays on Socialism (Nairobi: Oxford University Press, 1966), p.11.

[19]K. Kaunda, A Humanist in Africa (London: Longman, 1966), p.24. 亦见：Sekou Toure, Des Etats-Unis d ’Afrique (Conakry: Bureau depresse de la Presidence de la Republique, 1980).p.157.:“除社会性或历史意义的价值准绳外别无生活的价值准绳。所有发生在历史的社会（原文如此）之外的事件均无意义”。《阿尔及利亚国民宪章》和《马达加斯加社会主义革命宪章》也明显地受到同一原则的感召。参见 1975 年 12 月 31 日颁布的《马达加斯加民主共和国宪法》第 14 条第 1 款：“没有权利或自由可以同公共福利背道而驰。”

[20]R.Verdier, “ Feodalites et collectivisme africa in, ” Presence Africaine (October-December 1961).

[21]Nyerere, “ Ujamaa,the Basis of African Socialism, ” p. 11.

[22]请参阅：P.F.Gonidec, “ Un espoir pour l ’ homme at les peuples africains:La charte africaine des droits de l ’ homme et des droits de peuples, ” LeMois en Afrique(1983),nos,209-210.关于从前的情况，请参阅 HocineAit-Ahmed, L ’ Afro-fascisme:Les droits de l ’ homme dans la Charteet dans la pratique de l ’ O. U. A.(Paris:l ’ Harmartan, 1980)。

[23]但是，也可以从它们的相似性中发觉某种显著的意识形态差异。参见： I.Fall, “ Des structures à l ’ échelon regional africain pour laproclamation des droits de l ’ homme, ” Revue sénégalaise de droit(September 1978)。

[24]A.Cassese and E. Fouve,eds.,Pour un droit des peuples:essais surladeclaration d ’ Alper.(Paris;Berger-Levrault, 1978).

[25]Ifeani A.Menkiti,“ Person and Community in African Traditional Thought, ” in Richard A.Wright,ed.,African Philosophy: AnIntroduction, 2d ed. (Washington, D.C.: University Press of America,1979),p.1622.

[26]A.Pollis and P.Schwab,eds.,Human Rights:Cultural and Ideological Perspectives (New York:Praeger, 1979),p.15.

[27]“在这样一个社会中，个人缺少许多在自由民主国家得到高度尊重的权利。但是，他在其社会中有一个安全而又重要的位置；他也有可资利用的社会对许多价值和私利的规范化保护，这些在西方都是通过个人的人权和法律权利来保障的。”

[28]Dunstan M.Wai,“Human Rights in Sub-Saharan Africa,”in Pollis andSchwab,Human Rights,pp.115-145;Ngom,Les droits de l’homme enAfrique,p.21;Lancine Sylla,“Démocratie de l’arbre a palabre,et du boissacre,”in Sacralité, pouvoir et droit en afrique(Paris:Editions du CentreNational de la Receherche Scientifique,1979),p.6;J.K.Nyerere,“Democracy and Party-System,” in Freedom and Unity(Nairobi:Oxford University Press,1966), p.195;Jomo Kenyatta, Au pied duMont Kenya(Paris:Maspero, 1960),p.111.

[29]建立在意见一致基础上的法律观念在施行伊斯兰法的非洲地区得到增强。伊斯兰法是规范性的并涵盖所有人类行为，因此，它严格界定了哪些可为、哪些不可为。它被看作是神性的，自上威临社会。这种制度强化了传统主义以及由政治、宗教长老来统治的不可分割之共同体的观念。参见：J. N. D. Anderson and N.J. Coulson,“ Modernizationand Islamic Law,”in Michael Brett, ed., Islam and Modernization(London;F.Cass 1971),p.73。亦可参见：Taimour Mostafa-Kamel,“Statut juridique et droits de la personne dans la Charia Musulmane,”Revue juridique et politique,indépendence et coopération(January-March 1982),p.112：“在伊斯兰法中，权利与义务、禁止与约束都有其宗教本质……穆斯林的惯例是从个人和集体两面。在两个不同的概念中来观察人的。……沙里阿（La Charia）宣扬个人的自律，这就是说，通过投射，人权在共同体中会得到肯定。若有必要，伊斯兰教会把集体利益置于个人利益之前，只要这样既不陷入非人道，也不至于使他（她）丧失自由和尊严。”

[30]Ali A.Mazrui, The African Condition (London: Cambridge University Press,1980), p.59.

[31]Howard,“Is There an African Concept of Human Rights?”p. 15.

[32]关于《世界人权宣言》，可以参见： I.D.Adegbite,“African Attitudes inthe International Protection of Human Rights,”in A. Eide and A. Schou,eds,, Nobel Symposium 7(Stockholm:Almquist and Wiksell, 1967).亦可参见：The Impact of the Universal Declaration of Human Rights,United Nations Department of Social Affairs,New York, 1957,p.18。

[33]参见：J.Fawcett,The Application of the European Convention on Human Rights (Oxford: Clarendon Press, 1963); F.Jacobs, The European Convention on Human Rights (Oxford: Clarendon Press, 1975); V.Berger, Jurisprudence de la cour Europeenne des Droits de l’ Homme(Paris:Sirey,1984).

[34]例如，1962 年 4 月 16 日乍得宪法宣称：“乍得人民庄严宣布自己将遵循 1789 年《人与公民权利宣言》、1948 年《世界人权宣言》以及本宪

法中所阐发和保障的民主原则。”还可参见：布隆迪宪法（1962）、喀麦隆宪法（1961）、达荷美（现称贝宁）宪法（1964）、加蓬宪法（1961）、塞内加尔宪法（1963）、几内亚宪法（1958）、尼日尔宪法（1960）、象牙海岸宪法（1960）以及上沃尔特（现在的布基纳法索）宪法（1960）。

[35]The Laws of Malawi,Constitution of Malawi,ch.l,Art, 2,#(1),(iii),July 6,1966,amended 1968,1971.

[36]F.A.Mann,“Britain’s Bill of Rights,”L.Q.R.(1978),p.512; A.Lester.“Fundamental Rights:The United Kingdom Isolated?” PublicLaw(Spring 1984),p.46.

[37]Lester,“Fundamental Rights,”p.47.

[38]缔约各方后来又签定了几项作为公约“补充文件”的议定书。其中有些承认了社会和经济权利，如1961年《欧洲社会宪章》。不过，这些权利被认为是“各国政治的目标，可以通过各种不同的途径来达到。”因此，那里规定的社会和经济权利是不能由欧洲人权委员会强制实施的。

[39]1953年10月23日，英国政府根据公约第63条宣布将公约扩大适用于42个在国际关系上由它负责的地区。有趣的是，前英国殖民地南罗得西亚、即现在的津巴布韦却不在公约的管辖范围之内。这是因为津巴布韦早在1923年就获得了自治领地位并因此在很大程度上实现了内部自治，所以它未能从公约适用范围的扩大中获益。K.Vasak,“The European convention on Human Rights Beyond the Frontiers ofEurope,”I.C.L.O.(1963),12:1207。

[40]第63条，第3款。

[41]例如，可以参见：S. A. de Smith, The Commonwealth and ItsConstitutions(London: Stephens,1964),ch. 5, p. 177;J. Ezejiofor, Protection of Human Rights Under the Law (London:Butterworths, 1965); S. A. Oretuyi,“the Nigerian Attempt to Secure Legal Representation by a Bill of Rights: Has It Achieved Its Objective?”, East African L.Rev.(1976),12(1):83.

[42]《尼日利亚联邦独立宪法》，“尼日利亚议会（宪法）令”（s.l,1960,no.165）第18-31条提到基本权利，第165条只包括几个定义。

[43]但是，有必要注意这一决定之出现应部分归因于这一地区的联邦本性再加上该国各主要政党的部落式政治活动方式。

[44]K.Roberts-Wray, Commonwealth and Colonial Law (London; Stevens 1966) S. A. de Smith, Fundamental Rightsin the New Commonwealth (1961).

[45]受保障的权利中包括：生命权（第17条），免受酷刑以及不人道或侮辱性之惩罚或待遇的权利（第18条），自由与人身安全的权利（第20条），适当司法管理的权利（第21条），私人与家庭生活、住房以及通信受尊重的权利（第22条），思想、良心和宗教自由的权利（第23条），表达自由的权利（第24条），和平集会和结社自由的权利（第25条）以及免受歧视的权利（第27条）。

[46]De Smith, Commonwealth and Its Constitutions, p. 189.

[47]B.O.Nwabueze, Judicialism in Commonwealth Africa (London: Christopher＆ Hurst, Ltd. 1977),p. 229; L. Zimba, Zambia Bill of Rights (Nairobi: East African Publishing House,1984),p.37.

[48]参见：尼日利亚宪法（第 32 条）、肯尼亚宪法（第 84 条）、赞比亚宪法（第 29 条）、乌干达宪法（第 22 条）、博茨瓦纳宪法（第 18 条）、冈比亚宪法（第 28 条）、斯威士兰宪法（第 17 条）以及莱索托宪法。1960 年加纳宪法、1965 年坦桑尼亚宪法和 1966 年马拉维宪法中没有包含《权利法案》，这使其对立法之合宪性的司法审查大打折扣。

[49]参见：尼日利亚宪法（第 53 条）、肯尼亚宪法（第 44 条）、赞比亚宪法（第 51 条）、博茨瓦那宪法（第 70 条）、冈比亚宪法（第 70 条）。加纳宪法（1969 年宪法第 76 条）以及马拉维宪法（第 32 条）。

[50]Nwabueze,Judicialism in Commonwealth Africa,p.265.

[51]S.A.de Smith,“Judicial Independence of the Commonwealth,” TheListener,January 15,1965.

[52]解职程序由行政首脑（即首相）启动，他可以要求为解除一个法官的职务而进行调查。一个地方司法裁判所和枢密院司法委员会会被邀请参与调查。只有当司法委员会亦作出对该法官不利的表示时，行政首脑才能将他免职。在调查期间，首相可以中止该法官的职务，但如果解职程序最终得出支持该法官的结论，此项中止便告消除。

[53]Tanganyika (1961, Arts.59-60); Sierra-Leone(Art.66); Uganda (Arts.91-92); Kenya (1963,Art. 172-173); Malawi (1964, Arts.76-77); Zambia (1964, Arts. 99-100); Gambia (1965,Art.90-91); Botswana (1966, Arts. 97-98); Lesotho (1966,Secs. 112-125); and Swaziland (1968,Arts.101-113).

[54]Nwabueze, Judicialism in Commonwealth Africa,p.267.

[55]Report of the Presidential Commission on the Establishment of a Democratic One Party State (Dar-es-Salaam: Govermnent Printer, 1965), para.108.亦见 P.T.Georges, “The Court in the Tanzania One Party System,” in Sawyer, ed., East African Land and Social Change, Nairobi: East African Pub House,(1967),p.28.

[56]Nwabueze, Judicialism in Commonwealth Africa, p.274.

[57]Zimba, Zambia Bill of rights,p.149.

[58]在坦桑尼亚大陆是坦噶尼喀非洲民族联盟（TANU），在桑给巴尔则是非洲一设拉子党（ASP）。1977 年，TANU 和 ASP 合并为一个党，即：Chama cha Mapinduzi（CCM）。

[59]这条理由在桑给巴尔不能成立。1964 年军事政变之后，由 K·Karume 创建的 ASP 便成为这个岛上唯一允许存在的政党，而并没有进行什么选举。

[60]例如，以前副总统 S·Kapwewe 为首的联合进步党在赞比亚人数最多的班巴（Bembas）部族中获得了支持。

[61]坦桑尼亚是由坦噶尼喀和桑给巴尔联合而成的。

[62]参见：Report of the Presidential commission on the Establishment of a One-Party Participatory Democracy in Zambia (Lusaka: Government Printer, 1972)。

[63]Zimba, Zambia Bill of Rights, p.160.

[64]D.O.Aihe, “Neo-Nigerian Human Rights in Zambia,” Zambia law Journal(1971-1972), nos.3-4,pp.43,63;K.A.Busia, Africa in Search of a Democracy (London: Routledge and kegan Paul, 1967),p.143; B.O.

Nwabueze, Presidentialism in commonwealth Africa (London: C.Hurst, 1975), p.239.

[65] Zimba, Zambia Bill of Rights,p.180.在赞比亚，1972 年 12 月宪法修正案规定：任何人若组建或试图组建 UNIP 之外的任何政党或组织、或以加入集会、结社、表达意见及其它方式来对其它政党的建立表示同情，都是非法的。

[66]J.K. Nyerere, Democracy and the Party System(Dar-es-Salaam: Tanganyika Standard,1962),p.24.

[67]参见：International Commission of Jurists, Seminar on Human Rights in One-Party States (London:Search Press,1978),p.117。

[68]Ong Ah Chuan v.Public Prosecutor(1981),A.C.648(P.C.),p.669. 参见：Runyone v.The Queen(1967) A.C.26(P.C.),p.47。

[69] Lester,“Fundamental Rights,”p.58.

[70]一般情况请参见：A.N.E.Amissah,The Contribution of the Courts toGovernment:A West African View(Oxford:Clarendon Press,1981)。

[71]根据 1960 年和 1969 年的加纳宪法，只有最高法院有权确定立法的合宪性。最高法院在 1972 年 1 月 15 日军事政变后被“民族拯救官员委员会”于 1972 年 9 月 11 日撤销了。

[72]Amissah,Contribution of the Courts, p. 285.

[73]People's Popular Party v.Attorney General (1971), G.L.R.,p.138.

[74]同上，p. 149。

[75](1971),G.L.R.,1:449-454.

[76](1961),G.L.R., p.523.

[77](1971),G.L.R.,1:453.

[78](1974),G.L.R.,2:272-282.

[79] (1961) 378 U.S.478.

[80](1965)384 U.S. 436.

[81](1974),G.L.R.,2:278-281.

[82]例如，可以参见：Zimba, Zambia Bill of Rights;D O. Aihe, “Neo-Nigerian Human Rights in Zambia,”Zambia Law Journal (1971-1972)3-4:43.L.S.Zimba,“Two Test Cases as to the Constitutionality of the Introduction of a One-Party State Contrasted,”Zambia Law Journal (1981),13:45。

[83]这些案子大多与总统根据维护公共安全规则而发出的拘留令之有效性有关。Zimba, Zambia Bill of Rights,p.115。

[84] Zimba, Zambia Bill of Rights,pp.124,136.

[85]1968 Z.L.R.99,116.

[86] 287 U.S.124,128(1932).

[87]Kachasu v.Attorney General for Zambia,1967 Z.L.R.145.

[88] 310 U.S.586(1940).

[89]Id.at 591.首席大法官 Blagden 还引用 Holmes 大法官在 Missouri,K.&T.Ry.v.may,194 U.S.267, 270(1904)一案中所言：“……必须记住：立法机构是并不亚于法院的人民之自由与福利的终极卫士。”

[90] 319 U.S.624(1943).这项意见中还提到 Sheldon v. Fannin, 221 F.Supp.766(D.Ariz.1963)。

[91] 1967 Z.L.R.at 167。这项裁决在 Zafer，kachasu ’s Case，Zambia lawJournal（1969）1：44 中受到尖锐的批评。

[92] C.Leclercq，“Les libertes publiques en Afrique noire，” in G.Conac,ed.Les institutions constitu-tionnelles des Etats d’Afrique francophone etde la Republic Malgache(Paris:Economica,1979).

[93]1963 年 3 月 7 日宪法，分别为 1967 年 6 月 20 日 67-32 号和 1970 年 2 月 26 日 70-15 号宪法法所修正。

[94]1960 年 11 月 3 日宪法，修改于 1963 年 1 月 11 日，并为 1980 年 11 月 6 日 80-1232 号宪法法所修正。

[95]1961 年 2 月 21 日宪法，分别为 1963 年 5 月 31 日 23-63 号、1967 年 2 月 7 日 1-67 号、1967 年 12 月 13 日 21-67 号、1968 年 5 月 29 日 2-68 号、1973 年 6 月 4 日 2-73 号、1975 年 4 月 15 日 1-75 号和 1981 年 8 月 22 日 6-81 号法律所修正。

[96] 1972 年 5 月 21 日《喀麦隆联邦共和国宪法》，分别为 1975 年 6 月 3 日、1983 年 7 月 21 日 83-10 号、1983 年 11 月 29 日 83-26 号宪法法所修正。

[97] 1978 年 2 月 15 日宪法，为 1980 年 2 月 19 日宪法法所修正。

[98]参见：1978 年 2 月 15 日扎伊尔宪法、1975 年 12 月 31 日马达加斯加宪法、1979 年 12 月 30 日多哥宪法以及 1974 年 6 月 2 日马里宪法。

[99] 参见：F. Moderne, “L’evolution des juridictions constitutionnelles dans les Etats-d’Afrique francophone et la Republique Malgache,” in G. Conac.ed., Les institutions constitutionnelles des Etats d’Afrique francophoneet de la Republique Malgache (Paris, Economica, 1979).

[100]关于 communauté，请参见 1958 年法国宪法。

[101]随着众多非洲殖民地的独立，1959 年 4 月 29 日马达加斯加宪法创立了一个“高级制度委员会”,而 1960 年 12 月 12 日《中非共和国宪法》(Title IV.Art.28）则设立了一个“宪法委员会”。类似的“宪法委员会”还分别为 1961 年 3 月 2 日《刚果共和国宪法》、1960 年 11 月 3 日《象牙海岸共和国宪法》(Art.57)、1960 年 11 月 26 日达荷美（现贝宁）共和国宪法（Art.58）、1961 年 2 月 21 日《加蓬共和国宪法》（Art.59）、1960 年 11 月 30 日上沃尔特（现布基那法索）共和国宪法（Art.57）以及 1963 年 5 月 11 日《多哥共和国宪法》(Art.70) 所设立。1960 年 9 月 22 日马里宪法在国家法院（Cour d’Etat）中设立了一个宪法法庭。塞内加尔共和国、乍得共和国、卢旺达共和国和布隆迪共和国分别通过 1960 年 8 月 26 日宪法、1962 年 4 月 16 日宪法、1962 年 11 月 24 日宪法和 1962 年 10 月 16 日宪法（Art.95）设立了最高法院。刚果-利奥波德维耶（现扎伊尔）共和国通过 1964 年 8 月 1 日宪法（Title 9）设立了一个宪法法院。但是，这些机构中有许多在后来都消失了或是丧失了权力。

[102]Benoit S.Ngom,“La protection des libertes p ubliques par la CourSuprême du Sénégal,” Droit Africain，vol.2(Dakar:1982);以及他在《司法与政治评论》（1982 年 1-3 月）上独自或合作发表的文章；

no.1:Madiore Boye, “Les mechanismes juridiques de prote ction des droits dela personne au Sénégal,” p.220; Keba Mbaye, “Les mecanismes jurediques de droits de la personn e au Senegal,” p.228;Benoit S.Ngom, “Les droits de l’ homm e et l’ Afrique,” p.87.（此后引用 1982 年这一卷时都简注为 Revue juridique，随后标明文章页码）。在塞内加尔最高法院驳回了一项申诉之后，1978 年 12 月 28 日的第 78-60 号新宪法增加了国民会议获选成员向法院申诉的权力。正式的向法院申诉必须由国民会议成员总数十分之一以上签名。

[103]1972 年 5 月 20 日宪法，经 1975 年 5 月 9 日宪法法修正(Art.10). 参见：J.Owona, “La reforme politique et constitutionnelle de la Republiqueunie de Cameroun,” Revue juridique no.4(1975),p.Oct.-Nov.486。只有共和国总统有权请示最高法院对一部法律的合宪性作出裁决（Art.10)。参见 F.X.Mbouyoum, “Les Mécanismes juridiques deprotection des droits de la personne au Cameroun,” Revue juridique,p.58。不过，这项宪法特权从未被使用过；参见：Mbouyoum, “Lesmécanismes juridiques，”p.65。其它的管辖权不能主张确定立法合宪性的权力。例如，可以参见 judgement no.4-A of January 9,1975,涉及 Jehovah’s Witnesses 案以及 judgment no.4-A of a Jannary 28,1970GTE Corp.v.the State(Cameroon),涉及对一部财政法的审查。

[104] E.Boda, “La court Suprême de la République de la Côte d’ Ivoire,” Recueil Penant(1963), p.631;A.Aggrey, “Les mécanismes juridiquesde protection des droits de la personne en côte d’ Ivoire, Revuejuridique,p.97.

[105]Article 66.S.M.Ajami, “Les institutions cons titutionnelles dupresidentialisme gabonais,” Revue juri deque No.4(Oct.-Nov.1975),p.436;J.C.Essono, “La protect ion des droits de la personnesur le plan administratif et judiciaire au Gabon,” Revue juridique,p.126.

[106] Cheihk Oumar Dembélé, “Les tribunaux, gardiens du respect des droitsde la personne au Mali,” Revue juridique,pp.189-202.

[107] Atsou Kolfi Amega, “Les mécanismes juridiques de la protection desdroits de la personne au Togo,” Revue juridique, pp.250-257.

[108]Laurent Nzeyimana, “Les mecanismes juridiques de protection de lapersonne du Burundi,” Revue juridique, p.48.这篇论文是在新的宪法条文颁布以前写的。

[109] D.G.Lavroff, “Problemes Politiques internes,” Année Africaine(1979),p.197

[110] Inongo Lokongo Lome, “Fonctionnement du systeme zairois de laprotection des droits de l’ homme,” Revue juridique, p.271;Bibome Murambo Shambuyi, “Les mecanismes juridiques de protection des droitsde la personne au Zaire,” Revue juridique,p.275.

[111] Abdouraquib Ben Ousseni, “Les mécanismes juridiques de protection desdroits de la personne aux Comores,” Revue jurideque,

p.85.

[112] M. Cappellette, “Nécessité de legitimite de la justice constitutionnell,” in L. Favoreu, ed., Cours constitutionnelles européenes et droitsfondamentaux (Paris:Economica,1982),p.461. 据Cappelletti 说，法官的非选举产生是民法传统和普通法传统之间的重要区别之一，这种作法后来被宪法法院部分放弃了，“法官中应当有大部分是选举产生的或政治任命的。”

[113]例如,在象牙海岸1961年6月2日第61-201号法律(Art.19)中以及科摩罗群岛1978年10月1日宪法(Art.33)中。

[114] 例如，在多哥，最高法院院长以及宪法委员会的5个成员都由国家元首根据唯一政党“多哥人民联盟”政治局的提名来任命。

[115]《马达加斯加民主共和国宪法》第92条：共和国总统。《塞内加尔共和国宪法》第82条以及1960年9月3日《组织法》第30条：共和国总统。象牙海岸1961年6月2日第61-20号法律（关于最高法院）第19条：共和国总统和国民会议主席。喀麦隆宪法第10条：共和国总统。布隆迪宪法第68条：共和国总统和国民会议主席。马里宪法第67条：共和国总统和国民会议主席。

[116] 例如，《科摩罗伊斯兰联邦共和国宪法》第36条规定的是：共和国总统、联邦国民会议主席、三岛总督以及各岛议会议长。

[117]根据《马达加斯加民主共和国宪法》的规定，一部被宣告无效的法律颁布之后亦不得适用。

[118] 参见了加蓬共和国1971年2月21日宪法，Art. 60;1975年12月31日《马达加斯加民主共和国宪法》,Art. 96。

[119]Moderne, “L' Evolution des juridictions constitutionnelles dans les Etats d'Afrique francophone et la Republique Malgache,” p.199.

[120] 1974年6月2日《马里共和国宪法》第67条。关于塞内加尔最高法院，请参见1960年9月3日第60-17号法律，后经1970年9月21日第70-29号法律修正。关于象牙海岸最高法院，请参见1961年6月2日第61-201号法律。还可参阅：1961年2月21日《加蓬共和国宪法》第61条、1975年12月31日《马达加斯加民主共和国宪法》第98条、1978年10月1日科摩罗群岛伊斯兰联邦共和国宪法第37条以及1978年2月15日扎伊尔共和国宪法第96条。

[121]《马达加斯加民主共和国宪法》，第95条。

[122]《科摩罗群岛伊斯兰联邦共和国宪法》，第37条。

[123]涉及自动审查程序的较为罕见的前提也值得注意,如在马达加斯加民主共和国有将命令（ordonnances）送至高级宪法法院的要求（宪法第47条）。

[124] 赞比亚宪法（1973）第28条规定：“当一部除货币法案和宪法修正案之外的法案被指称与宪法相背时,国民会议的任何21个成员都可以将该法案提交给由首席大法官指定的在职或前任法官组成的法庭依评价程序进行鉴定。该法庭在审理之后应向总统和国民会议发言人提交一份建议报告，说明按自己的看法该法案中有无与宪法不一致的条款。但是，总统可以不管相反的报告而批准该法案。”

[125] 法院卷入选举请愿书也同样可能侵蚀其可靠性或导致与政府或政党的危险决裂。

十三　向种族公正迈进的南非

约翰·杜加德

应否站在美国经验的角度来审视南非目前的种族冲突呢？对此有不同的意见。两个国家不同的人种构成就暗示着两个社会的比较站不住脚。美国有两亿三千万人口，其中只有 12%是黑人；南非的近两千八百万人口则由一千九百多万黑人、三百万有色人种（“混血儿”）、一百万印度人以及区区五百万白人构成。不过，尽管在人口构成方面存在这些重要的差异，还是有某种东西吸引人们对两个社会进行比较，因为在它们的历史经历中有某些相似之处。两者都是在十七世纪被欧洲新教徒变为殖民地的，殖民者于 1607 年来到弗吉尼亚的詹姆斯城，到开普敦的时间则是 1652 年；两国都是曾为从欧洲殖民统治者手中获得独立而进行过斗争，都曾展开过涉及征服土著人的领土扩张，都曾有过奴隶制以及勉为其难的奴隶解放行动；而且，两国都曾因其种族隔离政策和活动而变得恶名昭著。

乔治·M·弗莱德利克森彻底地描述和审视了这些共同特征。他宣称：

> 值得比较的……不是美国和南非白人所共有的某种天生的或前定的“种族主义”习性，而是那种导向更自觉、更严格实施的种族控制形式长期的、历史决定的发展趋势是如何出现的——这些趋势令人惊奇地随着发展、意识形态上的表达以及制度体现形式之变化而变化。（p.xix）[1]

最重要的“变量”或显著特征恐怕就是这两个社会所采用的宪法形式。美国由于受到自由和平等普遍性概念的启发，选择了一部刚性的、持久的宪法（即一部不轻易修改的宪法）和《人权法案》；南非则受英国议会至上论的影响，曾经制定过一连串的各不相同的比较容易修改的宪法，而且没有对个人自由的宪法性保障。虽然美国宪法的起草者们可能只想着将其中的自由主义条款适用于白人，但它所奉为神圣的价值却为美国实现种族公正打下了基础。南非的情况则不同，它不曾打下任何这样的宪法性基础。恰恰相反，却设置了许多政治和法律制度来增益某些局部利益。更有甚者，那里衡量一部宪法是否成功的一般尺度是它促进白人统治或控制的能力。

南非宪法史上有一个经常性的主题，这就是议会至上论的支持者同美国宪法模式的赞同者之间的争论。除了一次例外——1854 到 1902 年之间的奥伦治自由邦宪法——前一派势力都取胜了。尽管如此，这种讨论至今仍在继续着，历史学家们问：如果当初南非采用的是一部美国式宪法，它可否避免种族隔离？社会知名人士力请制定一部作为“更高法”的宪法和一部权利法案，作为解决南非目前冲突的一个可能的方案。

在此项研究中我将追溯把美国宪法原则引入南非国家的历次尝试，并对目前就权利法案问题展开的讨论作一考察。我还将考虑美国宪法对南非产生过的消极和积极影响。实质上，我会建议：为应付种族分裂的社会中的内在紧张关系计，美国式的宪法比南非自己制定的宪法更能使其处境得到改善。

议会至上与司法至上之争：南非的宪政史

美国和南非在它们的形成时期受到两种迥然不同的英国法理观念的左右，这可以解释它们日后为什么采用了不同的宪法形式。英国向北美殖民时正处在一个国内法律思想界推崇和盛行“ 更高法 ”观念的时期。1610 年，就在英国到‘ 新大陆 ’建立第一个据点之后不久，爱德华 ·柯克爵士对 Dr.Bonham 一案作出了他的历史性裁决，在其中，他宣称：“ 在许多案子中，普通法将高于议会制定法，有时可以判定它们完全无效：当一部议会制定的法律违反一般权利和理性、或是令人生厌、或是无法施行时，普通法将控制它并判定此法无效 ”。[2]这种观点在后来的法院判决中得到再次肯定，[3]而且，柯克的更高法观念在约翰·洛克作品的赞同下无疑对北美殖民地的法律态度起到了塑造作用，[4]为日后一部至高无上的宪法与《人权法案》的出现及马歇尔首席法官在 1803 年的 Marbury v.Madison 一案中采用司法审查原则打下了基础。[5] 另一方面，南非是随着威廉姆·布莱克斯通爵士对议会至上信条的解释，[6]在杰里米·边沁和约翰·奥斯丁的全盛时期（他们的法律哲学鼓吹实证主义，对自然法学说抱有反感）成为英国殖民地的。由于英国法律教育[8]之渗透性影响和自然法学说在欧洲失势,英国的法律实证主义很快就取代了雨果·格劳秀斯[7]的荷兰自然法遗产在开普殖民地的地位。接着，基本法和权利法案的概念也从开普殖民地律师和政治策划家的议事日程上挪走了。

英国规则所带来的不只是不加疑问地接受议会主权，同时还有法治概念，这一概念强调获得司法救助的渠道和法律面前的平等。英国人发起了一些改革，如 1828 年旨在消除白种殖民者与黑人之间的不平等，以及 1834 年发起的旨在解放奴隶的改革运动，这些改革使得数千荷兰殖民者集体离开开普殖民地向内陆进发，历史上把这次集体离去叫作“ 大迁徙 ”（the Great Trek）。这些先驱（或迁徙者）在南部非洲内陆建立了两个共和国——奥兰治自由邦和南非共和国（德兰士瓦），它们最显眼的地方就是它们拒斥了英国法的两项主要原则——立法至上和法律面前人人平等。

奥兰治自由邦

1854 年的奥兰治自由邦宪法[9]主要是仿照美国宪法制定的，其中的某些条款几乎是逐字照搬过来并译成荷兰语的。虽然它创造了一个单一制国家和一个一院制的立法机构，但立法机构不是最高权力机关，[10]某些权利得到保障（和平集会权和财产权），对修改宪法设置了十分繁琐的程序。与美国宪法一样，它在司法审查问题上保持沉默，但却将这种权力作为宪法的固有之点接受下来。不过，这种权力只行使过一次，在那个案子中，法院支持一部 1890 年制定的禁止亚洲人移民到奥兰治自由邦的法律,而拒绝了认为这部法律不符合法律面前人人平等之要求的意见。[11]显然，对这一点的解释是站在“ 迁徙者 ”的种族立场上作出的，证明了这一点的是选举权只授予“ 公民 ”，而白皮肤是取得公民权的一项条件。

南非共和国（德兰士瓦）

在德兰士瓦，迁徙者们制造了一部独一无二的宪法（Grond-wet），[12]

其独一无二性在于它在很大程度上无视其他宪法的经验。我们不太清楚这部宪法是否造就了基本法或是它是否高于立法机构（Volksraad）。而且，它公然在形式上将种族主义表现出来并明确宣称：“人民的愿望是不允许有色人与白种居民平等，不论在教会还是在国家都是如此，”由此出发，黑人顺理成章地被剥夺了公民权和选举权。然而，在对这部宪法进行解释的过程中，出现了美国式宪政同南非立法至上原则之间的第一次政治冲突。

德兰士瓦宪法为立法的通过设立了一种复杂精致的程序，即：每一部法律草案都要在三个月前在政府公报上预先通报（紧急情况下除外），还得经国民议会四分之三多数票通过。毫不奇怪，这些要求常常被弃置不问，许多法律未经通报就由简单多数票通过了。这些非正式法律或法规（besluiten）的效力问题有几次被提交给高等法院由首席大法官 J·G·科策加以审查。

在 1883 年和 1884 年，非正式法规的效力得到肯定，尽管它们不符合宪法有关条款的要求。[13]1887 年，法院以二对一的多数支持法规的效力。[14]但是在 1895 年，首席大法官科策在 Hess v.theState 一案的附带意见中发出一种观念转变的告示。[15]这种司法上的犹疑不决在 Brown v.Leyds N.O.一案的历史性判决中达到了顶点，[16]本案中，科策和大法官阿梅硕夫认为非正式法规因不符合宪法而无效（大法官莫里斯认为没有必要对宪法性问题作出判决）。科策和阿梅硕夫都认为：主权属于共和国的全体人民而不是国民议会；宪法是国民议会有义务遵从的基本法；法院有责任宣布那些不符合宪法的法案无效。在坚持自己有司法审查权时，法院显然受到美国经验的影响。科策用赞同的口气三次[17]引述首席大法官马歇尔在 Marbury v.Madison 一案中表达的司法审查观[18]，同时还求助于其他的美国最高法院裁决、[19]以及《联邦党人文集》、[20]斯托利的《美国宪法》[21]和布赖斯的《美利坚合众国》，[22]以支持其判决。美国影响对科策所起的作用明显地体现到他的法官意见中：“在这个伟大的北美共和国，根据宪法来检验法律效力的权利被毫无保留地当作一条公理，而且，是依据基本原则而不是任何宪法中明示条款”。[23]他还赞同地从 Poindexter v. Greenhow 一案中引述过这样一段话：

> 如果成文宪法对权力的限制和约束可以没有惩罚地被原本是为保卫、防护和实施它们而设立和任命的机构所凌越，而且这种凌越也具有法律的神圣权威，不仅强迫服从而且有权受到尊重，成文宪法——其中为保障个人自由而设的《人权法案》在很多时候是用烈士们洒在战场和断头台上的鲜血写成的——还有什么用？如果当它们被侵犯时，只要他们设置了国家的保护网，法院便被禁止对侵犯者——罪恶的执行者——施以惩罚，个人自由与权利的原则又如何维持？这种学说是不被容忍的。[24]

阿梅硕夫大法官也支持他利用美国权威来主张审查权（对立法法案进行司法审查看其是否与宪法一致）的判决。[25]莫里斯大法官援引美国宪法第一条第 9 款作为溯及既往之法律是站不住脚的证据。[26]虽然南非法院有时会引用美国权威言论来作为一种有说服力的法律渊源，本案还是唯一的一次如此大量、如此肯定地引用美国宪法的例子。

首席大法官科策的判决引发了一场重大的政治危机，因为这实际是在德兰士瓦的存在受英国帝国主义野心威胁时废除了许多立法。保罗·克鲁格总统的反应是通过国民会议推出一部法案，否定司法机构有行使审查权的合宪

资格，并赋予总统有权解除任何一个不能保证不行使“所谓的审查权”的法官的职务。作为回应，法官们停止了高等法院的运作。在这一时期，开普殖民地的首席大法官亨利·德·维利叶爵士在与法院和总统讨论之后终于促成了一项协议：法官不再行使审查权；作为交换条件，通过了一项保障司法独立并保证宪法非经特别程序不得修改的宪法修正案。不过，总统迟迟不提出这样的立法，而科策又告诉他，他的不行使审查权的保证也随之失效了。总统立即免去了他的首席大法官职务，而科策在发表了他的《告南非共和国居民书》（其中，他提醒人们注意国民会议享有最高权力的危险性）后，便离开了法院。

对于科策适用司法审查方法的正确性，法律界的观点有相当大的不同。奥兰治自由邦的同行们支持他，开普法院的亨利·德·维利叶则赞同国民会议的最高权威。[28] 约翰内斯堡律师界公开站在首席大法官一边，而比勒陀利亚律师界则有意避免陷入这场纠纷中去。当时还是约翰内斯堡出庭律师的J·C·斯玛兹则全力支持克鲁格总统的立场。[29]

科策的立场之所以受到法律界某些人士的反对是由于他宁愿接受美国法律原则而不采纳英国的立法至上原则，[30]这种说法不是没有道理的。亨利·德·维利叶爵士的传记作者承认他在“支持英国议会实践”方面有偏见，[31] 而斯玛兹的观点则“是由他在剑桥大学的英国环境中所受的法律教育决定的，在那里他受到像F·W·梅特兰这样的人的影响，后者详细地阐述了他对英国宪法史的演进性解释”。[32]

这次司法危机最后由克鲁格总统划上了句号。在新的首席大法官 R·格雷高罗斯基的宣誓就职仪式上，他表述了一种至今仍萦绕在许多南非法官和律师脑海中的“圣经迁徙者”法律哲学。“审查权是一项魔鬼的原则”，他如是警告：魔鬼将审查权引入伊甸园并审查上帝之言。他借此劝告法官不要追随魔鬼之道，如同科策所作的那样。[33]当然，从这一圣经典故中可以引申出许多政治寓意。克鲁格总统发现一部弹性的英国式宪法有许多好处，将主权交给一个非代表性的立法机构，而这个立法机构能操纵法律来保障阿非利康人（南非荷兰人 Afrikaner）在一个只有极少数白种外国人（uitlanders）而没有黑人参加立法过程的国家永享统治权。假使司法机构无力与国民会议抗衡并且只有有限的管辖权，司法独立是可以允许的，甚至是可欲的。正如克鲁格在谈到 Brown 案裁决时那独特的评论：“法院是自由的，它就像一条自由地在网中游动的鱼”。[34]

联邦与 1910 年南非宪法

英布战争（1899—1902）之后，德兰士瓦和奥兰治自由邦成了英国殖民地，这意味着南部非洲地区有了四个各自独立的殖民地——开普、纳塔尔、德兰士瓦和奥兰治河殖民地。有充分的政治、经济理由要求这些殖民地紧密联合起来，因此，在 1908 年，召开了一次国民会议以实现这一想法。[35] 此时，要起草一部新宪法得考虑几种不同的宪法传统。首先是奥兰治自由邦在实施一部有人权保障内容（虽说基本上是只对白人适用）的美国式刚性宪法方面的颇为成功的试验。其次是德兰士瓦对议会至上的支持和对基本法观念的拒斥。最后，还有开普和纳塔尔在实行英国议会制方面的经验。

到了为南非联邦起草一部宪法之时,英国-克鲁格的议会至上观取得了优

势，当然，这还得受制于那些为威斯敏斯特帝国议院保留的权利。没有人严肃地注意到需要有一部权利法案来保护个人自由，特别是广大没有选举权的非洲人民免受完全由白人组成的立法机构的专断意志之害的自由。有可能导致至少在一、二个省有更多个人自由保障的联邦制也被否决了，单一制的政府形式得到赞同。

这种宪法是当时盛行的法律和政治气候的必然产物。许多南非人相信只有在一部英国式的柔性宪法下才能获得充分的独立，他们认为对立法进行审查是政治附庸的标志。[36]而且，如果考虑一下起草宪法的主要负责人的个人情况，我们就会知道不可能出现别样的宪法——J·C·史末资，当时是德兰士瓦博塔将军手下的副司令；约翰第十·梅里曼，开普殖民地首相，两人都沉缅于英国宪政的历史。用利奥纳德·汤普森教授的话来说，梅里曼“对英国宪法有一种近乎罗曼蒂克式的崇敬”，[37]而史末资对英国制度[38]的偏爱已经在德兰士瓦司法危机中得到证实，当时他站在克鲁格总统一边。参与起草宪法的 34 位国民会议代表（全是白人）中有 11 个是律师，几乎全是在议会至上的传统中受的教育。[39]正如可以预料的那样，没有一个人准备敦促制定一部包含人权法案的刚性宪法（就是不能被轻易修改的宪法）。J.G.科策当时是设在格拉汉斯敦的东部地区法院院长，他在会议召开之前就公开请求制定一部刚性宪法，但对于许多把科策与克鲁格唱对台戏看作是一件不忠行为的德兰士瓦人来说，他的请求无异于死亡之吻。[40]

会议代表们考虑过美国宪政经验，尽管他们在这方面的“知识”在很大程度上表现为无知和成见。美国宪法被用来作为反对联邦制的论据，代表们认为它应对美国内战负责；[41]他们认为在南非搞联邦会导致大家四分五裂地去搞“土政策”，并最终陷入冲突。[42]美国经验还被当作否决司法审查的理由，理由是这种制度使司法政治化并损害了公众对法院的信赖。[43]

尽管国民会议深思熟虑起草出来的 1910 年宪法是以威斯敏斯特政府样式为摹本的，但它并未完全摆脱刚性因素。最难解决的问题之一就是选举权问题。开普的代表支持选举权不考虑肤色，而德兰士瓦、奥兰治自由邦、纳塔尔来的大部分代表则主张只给白人选举权。最终达成的妥协办法是允许开普保留它的选举资格制度——这种制度允许有限数量的黑人[44]享有投票权，而北方各省则获准将所有黑人排除在选举过程之外。这项协议在宪法第 35 条得到确认，该条规定：任何一个按联邦成立前的条件登记为开普选民或有权成为开普选民者均不得仅因其种族或肤色上的原因而被剥夺选举权，“除非决议经议会两院同意，并在三读时得到不少于两院总人数三分之二以上多数的同意。”宪法第 137 条以同样的方式保障英语和南非荷兰语享有同等地位，而第 152 条则规定第 35 条和第 137 条都不得被修改，除非经两院联席会议上全体议员中三分之二以上多数投票同意。这三条被看作是确定的硬性条款，后来围绕着它们发生了一起尖锐的宪法纠纷。

这部宪法被许多人称为一部“威斯敏斯特宪法”，其实它在一个基本问题上有别于那种模式。威斯敏斯特的议会至上制是以人民主权为前提的。因为选举权为全部英国公民所享有，议会中多数党的意愿成了就是多数人民意愿的表达。而在南非，这种人民主权观未曾得到考虑或期望。尽管在这种体制中容留了人数有限的黑人投票者，有一点还是很显然的：即宪法设立了这样一个议会，在其中，白人可以对其他种族进行宪法上和政治上的控制，而大多数非白种人则根本发不出任何政治声音。该宪法创造了一个白人的主权

议会，而不是人民主权。因此，这部宪法和它 1961 年的后继者精确地说来都不能算作威斯敏斯特模式的宪法。一个由 W·P·施赖纳（1898—1900 年间的开普殖民地首相）领导的多种族代表团向英国政府抗议，反对宪法草案[45]但帝国议会决定支持这部在南非已被布尔人和英国人接受的宪法，尽管事实上黑人几乎完全被排除参与这一制度。殖民事务部次长 J·E·B·西利上校提议英国接受这一宪法，并得到前殖民事务大臣阿尔弗雷德·利特尔顿的附议——他借此机会诋毁美国宪法作为一种达致种族公正之方法的名声：

> 我认为在美国宪法和德兰士瓦旧宪法中都可以找到有关政府和土著公民权两方面的极端表达。德兰士瓦宪法中有一条规定黑人与白人在教会和国家中都不应该是平等的。这是一方面的极端。美国宪法则规定了公民权的绝对平等……。我本人坚信：当美国公民在他们的国土上给予黑色人种或黑人绝对的平等和公民权时，他们是受了花言巧语者的误导，他们被错误的言词简单性所欺骗，无视事实的真正严酷性。结果怎样呢？结果是黑人并没有得到平等的待遇，远远没有。从社会效果上看，我敢肯定比起按照那种更适合于他们在文明世界的地位的方式来，由于那种假定的政治平等，他们现在所受的对待更为低下。如果我可以抱着尊敬的态度斗胆这么说的话，这对美国人民自身来说是灾难性的；由于他们被迫作出的、有时甚至更糟地作出的努力，他们已经使得、并成功地使得这种被如此草率地赋予的投票权完全丧失了价值。就其所及的范围而言，我可以十分肯定地说，这对整个美国所造成的后果是任何其他国家都不想要的。因此，尽管我不同情、也不同意德兰士瓦旧宪法（根本不同意，不同情），但我想两国最好还是面对现实，承认黑人与白人的不同，不要给他们选举权，给他们选举权很可能，在我看来无论如何，不能给他们带来任何好处，反而，我敢肯定，会在白人中造成某种道德堕落。[46]

南非宪法的创制者和英国议会急于为南非制定一部英国式宪法并拒绝认真思考美国宪法模式的优点，对此，人们很难不产生怪罪之情。无怪乎汤普森在其关于南非联邦形成的开创性研究中宣称：

> 在追随英国模式时，他们忽视了这样一个事实：英国宪法的弹性特征之所以能符合英国人民的需要，乃是因为英国人民已成为一个比较同质的民族，而且他们尊重宪法惯例、崇尚政治妥协、推崇个人自由，这些都足以构成一道屏障，使当权政府不至于为所欲为；而南非所面临的问题的实质是：它的人民是极端异质的，而大多数白人的肤色意识和大多数南非荷兰人的民族排外性又强烈得足以淹灭他们对惯例、对妥协、对他人自由的任何尊重感。由于一部柔性宪法不能为防止政府专断提供任何保障，因此，它对这样一个国家来说恰恰是最糟糕的方案。只要南非白人占政治多数，他们就有机会，因此也有诱惑团结起来，获取对议会的控制，将他们的意志强加到其他居民身上。分权——在地区意义上是在中央与地方之间，在中央是在立法、行政和司法之间——也许会为南非的和谐提供一个坚实的基础。比起英国宪法来，美利坚合众国宪法是一种更好的模式[47]。

宪法危机，1951—1956

1910 至 1948 年间，正值以种族隔离为政纲的国民党掌权。这一时期充满了白人的政治冲突，一派先以路易丝 · 博塔为首、后来又由 J·C· 史末资领导，试图在南非荷兰人和说英语的南非白人之间建立一种广泛的白人“ 南非主义 ”；另一派在 J·M·B· 赫佐格的领导下，决心通过促进南非荷兰人的政治优越感来维持他们的独特身份。[48]不允许黑人的不满和异议闯入中央政治舞台，专注于欧洲事务的国际联盟也谨慎地避免过问其忠实盟员的国内种族政策。1910 年宪法所确立的基本宪政原则仍未受到挑战。1931 年《威斯敏斯特法》认可了自治领的完全独立性，南非也和其他白种人自治领一样摆脱了对英国议会的附庸，这样，议会至上成了绝对的现实。[49]没有人为重提实行联邦制和制定《人权法案》的问题而作出认真的努力。司法机构满足了国民会议的期待，只扮演一个小心翼翼的解释性角色，避免同立法或行政机关对抗。[50]在 Ndlwana v.Homeyr N.O.[52]一案中，司法部门对立法机构的绝对服从为最高法院上诉庭所强调，在该案中，对于根据宪法刚性条款规定的单院程序作出的、把非洲选民从 1936 年开普的选举名单中除名的决定，[51]它表示同意。法院驳回了一位非洲选民提出的质疑，该选民认为一院制程序因《威斯敏斯特法》的通过而不再合法。法院认为

> 议会……可以采用任何一种它认为合适的程序；就法院而言，《南非法案》中明示或暗示的程序，都毫不例外地在议会的掌握之中……一项议会法案中所表达出来的议会意志在我国像在英国一样不能受到法院的质疑，法院的职能只是施行它，而不是审查它。[53]

第二次世界大战的结束预示着一个新时代的来临，人们不能再容忍将种族歧视和对个人自由的压制作为排他的国内事务来加以姑息。在温和的史末资联合党政府尚未下台之时，南非的种族政策以及它对纳米比亚（西南非洲）的统治就在联合国的早期会议上受到了挑战。[54]当 1948 年国民党掌权并拒绝与《世界人权宣言》中宣布的国际社会之普遍目标保持一致之后。[55]在南非与联合国之间就产生了存续至今的对峙。人权理念在南非不再是无人理睬之物了。每次，一个顽固坚持要建立一种确保白人优越地位的种族主义法律秩序的白人政府当权之际，废除种族歧视并将选举权赋予黑人的新的呼声就出现了。由于政府打算利用法律来达到它的目的，法院便不可避免的成为政府同黑人群体斗争的主要战场，1910 年以来始终处于蛰伏状态的基本宪法问题又复活了。

国民党政府一登台，D·F· 马兰首相就宣布将有色人选民从普通选举名册中除去，在议会中单独为他们设置一些代表席位，就像 1936 年开普所作的那样。但由于国民党缺乏使用宪法刚性条款所规定的单院程序的政治支持，这种立法改动要在议会两院中分别得到简单多数票支持才生效。1951 年，在反对党联合党的强烈抗议下，《选民分别代表法》在议会两院分别获得通过，由总督签署。在 Harris v.MinisteroftheInterior（选举案）一案中，[56]这一法令受到一群有色人选民的挑战。由首席大法官森特利弗发表上诉庭一致同意的判决意见，认为这一法律没有法律效力。上诉庭还认为 Ndlwana v. Hof- meyr 一案的裁决是错误的；《威斯敏斯特法》的通过是为了去除英国议会的立法至上地位，而不是为了改变南非宪法；宪法刚性条款所规定的单院程序是南非议会本身的基本特征，对影响有色人选举权或语言平等权的问题作出决定时，必须经过这种程序；当议会用普通的两院程序来对宪法刚性条款所涵盖的事务立法时，它就不是作为南非宪法含义中的议会来运作了。

政府对此作出的反应是再次利用普通两院程序通过了一部《国会高等法院法》，该法规定：最高法院上诉庭否定议会法案效力的任何判决都得由议会自己来审查，此时，议会就是国会高等法院。就在这个“高等法院”宣布“选举案’的裁决无效之后,最高法院上诉庭又在Minister of the Interiorv. Harris（国会高等法院案）[57]中将其打翻在地。上诉庭的全体法官（五位）都在各自判决意见中指出国会高等法院不是一个法院，而只是经过伪装的议会；宪法刚性条款所设想的则是由一个适当的司法法院系统来执行司法保护职能。像这种剥夺宪法刚性条款之司法保障的立法不能由普通两院程序来通过。

尽管政府在 1953 年大选中赢得了更多的支持,它仍然无法在两院联会中汇集到必要的三分之二多数的支持票，于是，它便想出一些更为巧妙和迂回的手段来取消有色人在开普选区的选民资格。首先，——当对议会法案的效力有争议时。它利用两院程序扩大了最高法院上诉庭的规模，将法官人数由 5 名增至 11 名[58] 第二步，还是通过两院程序，它颁布了《参议院法》(1955 年 53 号法令），使参议员人数由 58 名增加到 89 名，并创设了一种保障国民党控制参议院的新的选举办法。做完这些以后，国民党就能保证《南非法案修正法》（1956 年第 9 号法令）在两院联席会议上获得三分之二多数通过。这一法律取消了有色人在开普的普通选民资格，还规定“任何法院都不得对议会通过的法律之效力进行调查或作出宣判。”意在干涉平等语言权的法律除外。

新组成的上诉庭在 Collins v.MinicteroftheInterior[59]一案中受理了向这一立法计划提出的质疑。以十比一[60]的多数通过的裁决认为：分别考查《参议院法》和《南非法案修正法》都不能说它们是无效的，因此，《南非法案修正法》的效力应得到支持。《参议院法》之所以有效，是因为它没有否定刚性条款并恰当地由两院程序通过了。《南非法案修正法》之所以有效，则是因为它在两院联席会议上是由三分之二多数通过的。尽管议会高等法院本着刚性条款的宗旨来看不能算是一个法院，以同样的理由来反对扩充了的参议院却是站不住脚的——它仍然是《南非法案》意义中的参议院。

英国与美国宪政模式之间的交锋再次成为这次宪法危机的一个特征，实质上，上诉庭在“选举案”和“议会高等法院案”中行使了一种更接近美国法的审查权。在“选举案”中，法庭就当真借助过美国前例，以反驳“对议会的任何限制都将有损于南非之独立”的论调。它宣称：

> 说南非联邦不是一个主权国家，仅仅是由于它的议会以两院方式活动时无力修改《南非法案》中的某些条款，这纯属无稽之谈……如果有人告诉一个宪法学者：伟大而强盛的美利坚合众国不是一个主权独立国家了，因为它的国会不能随意通过立法，一定会使他大吃一惊。

支持上诉庭裁决的学者们也同样引用美国先例来为审查权辩护。[62]在这一时期，美国宪法的好处萦绕在上诉庭法官们的脑际，这可以从森特利弗大法官 1955 年在哈佛法学院纪念约翰 ·马歇尔大法官二百诞辰活动中的演讲上得到证实，在这次演讲中，他流露出对美国制度的一种谨慎的妒忌。[63]国民党政府对“选举案”和“议会高等法院案”的反应实质上类似于克鲁格总统对 Brown v.Zeyds N.O.案中司法审查权之行使的反应。就在上诉庭对“选举案”作出裁决那一天，马兰首相宣布：

> 当依据法律和民主原则选举产生的人民代表的法律主权被否认时，当

> 任命产生的司法机构行使审查权，即对民选代表行使立法权的行为作出裁决时，议会和南非人民都不打算默然承认这一切。……为了保障秩序和确定性，议会的立法主权应当免受任何猜疑，这是绝不含糊的。[64]

在提出议会高等法院法草案时，内务部长登戈斯博士强调：南非正面临着一种选择——是取法“像美国那样的司法至上制”还是仿效“英国的议会至上制。”他还认为：

> 我想我们应当明白，如果我们采取美国人的态度，那么，正如美国最高法院在美国所做的那样，制造宪法，通过裁决来增添宪法的内容……。我们希望这种情况发生在南非吗？这部法案给了民主选举产生的南非人民代表一个机会，由他们来决定这个问题，或此或彼。这就是这个法案正在做的。……谁来裁断议会立法的是非？我们希望法官来对这些法律说三道四吗？好了，先生们，我们现在有机会处理好这些事情了。[65]

宪法危机以及五十年代早期国民党操纵的议会通过的种族主义压制性法律[66]使议会对个人自由的任意摆布更为严重。这使人们对《人权法案》和司法审查又产生了新的兴趣。1955 年，非洲人国民大会同其他代表南非所有群众团体的政治组织的联盟人民大会[67]通过了《自由宪章》，[68]断言：那些基本人权一贯被否认的社会阶层都渴求人权。《自由宪章》并未试图描述实施这些权利的宪法形式；它是一部旨在为一场长期追求正义的斗争提供激励性指引的人权宣言，而不是一部为法律和政治论战准备的宪法性文件。

在白人政治圈内，有一些更具体的对宪法保障的诉求。1959 年，议会中的一些自由主义分子从正式的反对党——联合党中分裂出来，组成了进步党。它的第一项活动是委任了一个以南非著名宪法专家唐纳德·B·莫尔泰罗[69]为主席的专家委员会，以考虑宪法改革问题，特别是，这种改革要能“保障个人的基本人权和自由，不论其种族和肤色如何。”[70] 这个委员会的成员还包括前首席大法官森特利弗、一位退休法官（L·布莱克维尔）、一位高级律师（A·苏兹曼）以及几位宪法理论和历史方面的专家。[71]在其报告中，莫尔泰罗委员会宣称“英国式的主权议会特别不适合南非国情”，[72]并建议在联邦中搞一部《权利法案》，用司法审查保护之。[73]这个委员会在很大程度上依靠的是美国经验，并基本上赞同美国模式优于威斯敏斯特模式。这些建议得到进步党的赞同；这样，对《权利法案》和司法审查的提议第一次成为南非政治论战中的一个重要组成部分。随着学者对美国模式之优点的详细论述，这种新的构想也在法律职业界散布开来。[74]

共和国宪法以及对《权利法案》的新需求

1961 年，经过一次在白人选民之中进行的公民投票之后，南非议会对宪法作了一次正式变动。总统取代英国女皇成了国家元首，南非成为英联邦之外的一个共和国。[75] 除了这一象征性改动，宪法再没有其他变化了。国民党政府尽管仇视英国制度，但却充分意识到了威斯敏斯特模式的政府体制对自己的好处，这样，白人能够完全控制政府，其赖以建立的基础也不是人民主权原则而是议会至上原则。进步党和纳塔尔省议会要求在新宪法中纳入一部《权利法案》的呼声被置若罔闻，因为，H·F·维沃尔德首相说这样一项

措施会以牺牲议会主权作为代价，而这是不可思议的。[76]

在共和国的头十年中，种族隔离被扩大了，并出现了一批压制性的治安法规，授权不经审判而羁押，又取消了人身保护令。[77] 在这些黯淡岁月中，政治言论受到严格的限制，宪法论争的机会几乎没有。但是，从七十年代初开始，政治争论扩大了，要求一部促进种族平等和个人自由的宪法的呼声随之而起。很多因素都有助于形成这种新的宪法需求，其中最重要的大概有如下这些：

1.迟到的认识：1910 年和 1961 年宪法便利了压制个人自由并加深了种族不公正。

2.在 1974 年大选中进步党的支持率上升，而该党支持《权利法案》。[78]

3.国际人权运动的高涨，卡特政府的外交政策将其作为重头戏。

4.南非脱离英联邦后，同英国之间的文化联系减弱了，这导致了英国法律影响的淡化。（无论如何，英国自 1966 年承认《欧洲人权与基本自由公约》中的个人请愿权后也不再是议会专制主义的典范了。）

5.同美国之间文化和职业往来的增加。在过去二十年中，越来越多的法律专业学生到美国而不是英国接受研究生教育；南非的法官、法学教授、职业律师和政治家不断到美国访问；南非也迎来一批又一批爱提问题的美国参观者，其中包括法官和律师。这样，南非法律界对美国宪政体制有了更清楚的了解，放弃了许多先前对司法审查的偏见。

6.法律教育的改进，包括比较宪法课程的开设，重点讲授作为一种替换性选择的美国宪法。

7.公益性法律团体的建立，这是对美国公益性法律机构的模仿。

8.南非政府对在独立的纳米比亚创制《人权法案》表示的支持，[79]尽管它反对在本国设置这样一种制度。

9.博普塔茨瓦纳班图斯坦国于 1977 年从南非那里获得“独立”时，采纳了《权利法案》。尽管南非政府反对博普塔茨瓦纳在自己的宪法中纳入一部《权利法案》，它还是坚持以《欧洲人权和基本自由公约》为原型为自己拟定了这样一份文件。[80]虽然该地区的法院并未对解释这一《权利法案》采取一种积极的态度，它至少为人权的宪法保护开创了一个先例。

10.对美国法律现实主义传统的学术研究[81]，产生了对南非司法功能的重新认识，这对推翻迄止那时精心编织的一个神话起到某些作用，这个神话就是，南非法官，像他们的英国同行一样只是简单地宣布法律。研究表明，在 1960 年代期间南非法官屡屡作出偏向于政府的司法抉择，这使法律界人士认识到在现存的体制中不可能实现司法的完全非政治化。这有助于驳斥这样一种论调：只有肩负着司法审查任务的法官才作“政治”选择。

诸如此类的因素扩展了关于宪法选择的讨论，并进一步激发了对《权利法案》的渴求。在政界，1977 年成为正式反对党的进步联邦党（就是从前的进步党），继续以更强硬的态度要求制定《权利法案》。事实上，在 1979 年，该党的一个党员 J·杜·P·巴森先生就向议会递交了一份私人草案，“以供认可和保护自由与民主权利之用，”[82]但这个以加拿大 1960 年《权利法案》为蓝本的草案（其中没有司法审查条款），没有被议会采用。

在纳塔尔省（祖鲁人在那里的政治上占主导，领导者是盖沙·布斯莱齐酋长和说英语的南非人，而不是国民党），人们早就要求实行一种特殊的宪制。1909 年，国民大会中的纳塔尔代表团独自支持联邦制；1961 年，纳塔尔

省议会单独提出了它对《权利法案》的要求；1973 年，布斯莱齐酋长成为第一个要求颁布《权利法案》并设立宪法法院来行使司法审查权的黑人“ 家园 ”领袖。[83]此后，有两个非官方的调查团建议允许纳塔尔建立一个多种族的自治机构，不脱离南非共和国，但拥有自己的宪法。两个调查团——一个附属于国民党，[84]另一个则是由南非各界要人组成的多种族委员会[85]——都建议这部区域性宪法中应当有一部《权利法案》，由司法审查保障实施。1986 年，在纳塔尔召开了一次被称作“ 夸祖鲁纳塔尔部族大会 ”（Kwazulu Natal Indaba）的会议，参加者是当地各主要黑人及白人政治团体的代表，会上为该省通过了一份宪法计划，其中再次包含了一部《权利法案》。

在宪法危机之前，面对国民党政府用以取消有色人在开普的普通选民资格的各种手段（上面已经谈到），南非的法律界人士对南非应当有一部《权利法案》的想法不屑一顾，他们认为这是一种不合南非需求的、南非人也不想要的美国制度。但是，随着法律界人士对南非宪法缺陷的越来越清楚的认识，以及对美国宪法的越来越深入的了解，他们的态度发生了若干转变。M·M·科尔贝特大法官（上诉法官）在 1979 年首届“ 南非人权问题国际会议 ”上所致开幕词是一个很好的例子，他说：大约两年以前，我第一次访问了美国。此次访问的性质使我得以见到该国的许多著名法律专家——法官、律师、学者。我还得以第一次对包含在宪法修正案中的美国《人权法案》、对审查权——美国法院借以执行《人权法案》、宣布与《人权法案》冲突的联邦立法和州立法违宪和无效的权力——有了直接的了解。我带着对这种制度的皈依返回了家乡。当我还在美国时，一位宪法专家告诉我：这种制度是“ 不供出口 ”的。这并没有任何独拥奇货的意味；他的意思是他并不认为这种制度在任何地方都能正常运作。我完全相信这是对的。无论如何，我想它值得在南非一试。[86]

法律学者们也以新的热情开始提出制定《权利法案》的建议。需要给个人自由以宪法保障，这越来越成为一种不证自明的信念，讨论的焦点转为：在为南非起草《权利法案》时，美国、西德或《欧洲人权公约》，用哪一个作原型最合适？[87]1980 年成立的“ 人权律师会 ”是这种新情绪的反映，这是一个由来自各个群体的律师和法律职业各个部门的人士组成的协会，它的主要目标是“ 在南非支持并强化那些同法治和公正执法相联系的人权 ”。

1983 年的三院宪法

在 1909 年和 1961 年起草宪法时，制定《人权法案》的建议当时就被拒绝了。而到了 P·W·博塔领导下的国民党政府打算搞一种新的宪制安排来安抚有色人和印度人时，[88]它却不得不认真考虑人们对《权利法案》的需求了，这种需求得到正式反对党（进步联邦党）的支持，还有包括新组建的宪政发展与规划部宪法规划的头头提出的大量法律意见作后盾。[89]

1980 年，主要负责提供宪政事务建议的总统顾问班子建立起来了。1982 年，它的宪法委员会公布了一份关于宪法保障的报告，其中明确提出：在政府层面上，对《权利法案》和司法审查的态度一如既往。[90]它对美国司法审查制度的敌视明显地表现在这样一段评论中：“ 美国法院的审查权已经变得恶名昭彰，因为它造成了‘ 通过审判来施政 ’的后果，还使司法卷入政治。这种审查权造成了法律上的不确定性 ”。在驳斥制定《权利法案》的要求时，

它强调议会主权的神圣性，[91]并指出《权利法案》在政治上是不可接受的：首先是由于它强调个人权利，“而有着加尔文主义背景的南非荷兰人更倾向于重视国家和对国家的维护”；其次是因为“共和国已成为那些借人权之名反对共和国的组织批评和攻击的目标”。[92]

知道了总统顾问班子对《权利法案》的态度，人们就不会对递交给议会的宪法草案中没有保护个人自由的内容感到奇怪了。这一事实，加上对黑人的排除，促使进步联邦党在整个过程中都反对这一草案。为了挽救这部新宪法，进步联邦党提议纳入一部《权利法案》并设立一个有司法审查权的宪法法院。[93]这两项建议在一场辩论中都遭到执政的国民党的拒绝，这还给了国民党发言人一个表达他们对美国宪制之厌恶的机会。虽然这两项动议的提出者引用了美国先例来支持《权利法案》和宪法法院有助于在南非实现种族公正的论点，[94]宪政发展与规划部部长 J·C·赫乌利斯还是否认美国制度具有可出口性，并声称它会使司法机构政治化。[95]其他的国民党发言人则更加口无遮拦，把美国社会中大量的无秩序现象都归因于司法审查权的行使。[96]

宪法中是否应当纳入一部《权利法案》的问题，在白人对宪法的可接受性进行公民投票前一直是公众讨论的热点。[97]不过，在 1983 年 11 月的投票中，百分之六十五的白人选民支持规定有三个分立的立法院——分别为白人、有色人和印度人而设——但没有《权利法案》的 1983 年宪法。[98]

1984 年 8 月，举行了有色人议院和印度人议院的选举活动。这些种族对三院宪法的不接受从这样一个事实中得到了证明：只有百分三十的登过记的有色人和百分之二十登过记的印度人投了票。[99]联合民主阵线是抵制选举活动的先锋，这是发起于 1983 年 7 月的一个非种族化团体，它要求在 1955 年《自由宪章》所宣布的原则的基础上将南非建成一个民主社会。1984 年新宪法的施行在南非黑人居住区中激起了至今仍未平息的不安和不满。显然，只要种族隔离不解除，只要使黑人能进入中央议会的新宪法秩序不出现，南非就不会有和平。随着这一事实的日趋明朗，南非的宪政策划者们可能会把目光投向美国宪政模式，这一模式经受住了时间考验并对其本国种族公正的事业贡献良多。这种可能性从 1986 年 4 月的一项政府决议中得到了证实，该决议要求南非法律委员会，一个主管法律改革的机构，探讨一下是否需要采纳一部《权利法案》、以保护群体和个人权利。如果南非最终放弃议会至上原则而接受了一部美国式的宪法，那么，持续了一个多世纪之久的关于南非宪政选择的讨论就没有白费。

美国对南非法律及法律机构的影响

美国的法律发展在南非不是无人关注的，其实，南非的立法机关和法院还时不时地引用美国先例来为它们的行动辩护。不幸的是，这在南非并不总是服务于种族公正的目的。

立法机关显然可以自由地从任何源头寻求启发。南非法院在从美国司法先例中寻求指导方面不是那么自由，但也不是太受限制。虽然南非的普通法是罗马-荷兰法——一种罗马法和荷兰习惯的混合物,它还是受到英国普通法的强烈影响，南非法院至今仍把英国普通法作为一种具有高度说服力的法律渊源。从而，南非法院把美国先例作为英国普通法的佐证或是与英国普通法

有密切联系的外国法律制度、并因此作为南非法律来引用。除宪法之外，美国判例常被南非法院加以肯定的引用，但一涉及宪法问题，法院就不愿意追随美国了，其理由是两国宪法有着根本性差异。尽管如此，律师在涉及个人权利的场合越来越多地引用美国判例，有时还取得了成功。

早期：美国法作为一种有害的影响

早在 1948 年国民党开始执政并着手构建其种族隔离的法律大厦之前,对黑人的歧视就存在于南非的法律和实践中。毋庸置疑，在这段较早的时期，特别是在 1948 年到 1954 年期间，连续几届南非政府都感到安心，因为西方最强大的民主国家都容忍了种族隔离和歧视。南非政客和知名人物反复引用美国法律及其已被承认的宪法合法性来为其种族政策辩护的作法就可以证明这一点。1949 年新当选的国民党政府制定法律[100]来取缔不同种族之间通婚一事可算是最恶劣的一个例子，南非当局借以支持这一措施的论据是：

> 试看其他国家在对待混种婚姻问题上的经验。美国 48 个州中的 30 个州有与此相似的立法，难道对方不想想吗？难道这不正说明了没有理由取消这种立法——因为它不像人们想像的那么有效？我认为它在那里所遇到的困难和这里是一样大的，但三十个州已经站在这样的立场上来立法，三十个州已经发现有必要采取立法步骤来阻止这种社会罪恶。[101]

冷战期间，美国因其与共产主义的紧张关系而减损政治表达自由的法律也对南非产生了影响。1950 年，议会通过了《抑制共产主义法》（1950 年第 44 号法），对远不限于鼓吹共产主义的、范围极为广泛的政治活动施加了严重的限制。在这里，美国观点以及史密斯和麦克卡伦法的影响是显而易见的。[102]后来，南非政府又通过一个议会调查委员会（仿照麦卡锡时代美国的国会委员会）来骚扰它的政治反对者。[103]

法院也受到有害的美国宪法判例的影响。南非早期的司法裁决本来倾向于这样一种观点：规定不同种族的人使用不同的设施是不符合普通法所要求的合理准则的，[104]可是在 1934 年，上诉庭在 Minister of Posts and Telegraphs v. Rasool 案[105]中却对设施“分离但平等”的合法性表示支持。法院没有引用美国 Plessyv.Fergyson[106]一案，但上诉庭无疑受到该案的启发,因为政府的律师曾提示它参考 1930 年北卡罗来纳州的一项有种族主义色彩的判决,[107]该案就赞许地引用了 Plessy v.Fergbson 案。自 Brown v.Board of Education[108]案之后，美国司法判例就不再为南非法院提供种族隔离方面的援助了。不过，政府的律师在 1982 年又以得意的口气引用了美国最高法院对 Haig v.Agee[109]一案的裁决以支持他认为政府从国家安全的利益考虑有权吊销诺贝尔和平奖得主戴蒙德·图图主教的护照。[110]

美国法作为一种进步性的影响

随着美国判例的不断改进，其影响也朝着好的方向发展。Brown v.Board of Education 案在种族关系的法律调整方面产生了非常大的作用，它指出分离设施具有“内在不平等”性，从而否认了种族隔离活动的合法性。[111]在南非，对 Brown 案以及后来的取消种族隔离的判例的接受是混杂的。尽管

政府的反对派经常引用这些判例来支持他们的种族平等要求,[112]政府还是拒绝接受布朗案裁决的基本观点而宁愿将它描述为司法造法的不当操作。[113]。

从南非反人种混杂法的历史中，我们可以清楚地看到作为比较性标准的美国法律先例所扮演的角色是怎样倒转的。在 1949 年，提出这种法律能够从美国法中找到辩解的理由，[114]而到了 1980 年代，当人们对这种法律的存在可欲性再次展开争论时，反对者们就可以拿出 Loving v.Virginia[115]和 Mclaughlin v.Florida[116]等判例来支持他们的废除要求了，在这些判例中，禁止种族间通婚和同居的法律被认为是违宪的。1985 年，随着《非道德及混血婚姻禁止修正法》（1985 年第 72 号法）的通过，南非的反人种混杂法被废除了。

显然，当种族隔离还是南非的正式政策时，很少有机会在法院和裁判机构诉诸 Brown v.Board of Education 或其他相似的反种族隔离判例。[117]不过，美国最高法院所阐释的其他促进个人自由的原则时而为南非法庭所用。有关这种影响的最好例证恐怕得到“出版业上诉委员会”的判例中去找，这是一个成立于 1974[118]的行政裁判机关，专门受理对查禁出版物和电影不服的上诉。起初，该委员会利用其职权来严厉地查禁那些“有损于国家安全”的作品，[119]数以千计以政治和种族问题为主题的出版物由此遭到查禁。不过,近年来这个委员会已采用了美国最高法院早先在 Schenck v.United States、[120] Whitney v.California[121]以及 Abrams v.United States[122]等判例中建立的“明显和当下之危险”标准，来引导自已对这种权力作出解释，这使得对政治审查采取了更为自由主义的态度。[123]

关于美国影响还有另一个实例,就是 Wood v. OndangwaTribal Authority 案。[124]在这个案子中，上诉庭引用美国判例来支持它的判决，此项判决认为：在人身保护令状的申请问题上，应当宽大地解释，允许有关联的个人代表另一个人提出申请。

还有几次，美国判例的引用是不太成功的。比如，在一起司法部长起诉一个杰出法学教授的诽谤案中[125]，上诉庭拒绝遵循 The New York Times v.Sullivan[126]案的指导；在一起被告在法律上无人代理人的死罪指控案中，[127]它拒绝参考 Argersinger v.Hamlin 案和 Gideon v.Wainwright 案。[128]

在今天的南非，受美国司法影响最大的领域恐怕是公共教育和法律改革。要求司法和法律改革的呼声中越来越多地伴随着把美国司法判决作为进步的尺度加以参照。于是,要求废除种族隔离的人们搬出了 Brown v.Board of Education 案；因政治问题而被羁押并受到酷烈审讯的人们在要求得到律师帮助之权利时引用了 Miranda v.Arizona 案；[129]在任何一场关于扩大法律援助问题的论辩中，Argersinger v.Hamlin 案[130]都会出场；要求废除或减少死刑的人们忘不了引用 Furman v. Georgia 案；[113]同采用肯定行性行动计划有关的建议中总可以寻见 Regents ofthe University of California v.Bakke 案。[132]这一类的判例指明了在一个异质的社会里法院根据《权利法案》行事以促进个人自由、种族平等和正义的途径，并在南非鼓舞着所有向往这些目标的人们。

公共利益法律

美国公民权利的许多伟大胜利都是由公益性法律团体在《人权法案》、司法审查、集团诉讼和“法庭之友”状所提供的宽大的法律框架中酝酿和执行成功的。[133]南非法律中本来没有这些制度或程序，因此人们自然会认为南非没有公益法的容身之地。不过，从 1978 年开始，南非开始有了受美国鼓舞和资助的旨在促进正义事业的公益性法律团体。[134]显然，其策略也不得不调整以适应南非法律体系的政治现实和法律程序。在缺乏《权利法案》和司法审查的情况下，公益律师不得不依靠司法解释而不是司法审查来打官司以扩展平等和自由，还得依赖大众传媒来使非正义的事件曝光。对种族法的进步性解释有时可以起到一次成功的集团诉讼所能起到的作用；比如，East Rand Admnistration Board v. Rikhoto 案使成千上万的黑人外来劳工获得了在城市中的永久居留权；State v.Govender 案为“非法”居住在专门划给白人居住之城区的数千有色人和印度人带来了居住保障，其途径是停止对这种非法居住进行控诉。[135]这两项判决都是公益性法律团体精心策划的结果。尽管这种判决不具有 Brown v.Board of Education 案那样的戏剧性的政治影响力，它们为之服务的目标仍是价值无限的。[136]

南非目前有三个公益性法律团体：在六个城市设有分支机构的“法律资源中心”；附设于约翰内斯堡的魏特华斯兰大学的“应用法律研究中心”；以及约翰内斯堡的“黑人律师协会教育中心”。[137]虽然这些团体所用的程序可能不同于它们的美国同行，它们无疑是发源于美国法律制度并从中获得了启发。

司法机构的角色

司法能动主义在很大程度上是美国法律制度的产物 :措词宽泛的美国《人权法案》和司法审查制度给了美国法官一种其他普通法国家法官无法想见的创造性力量。美国法律制度现在已经出口到其他国家，凡它所到之处，表示着美国法律特色的司法能动主义与司法克制之间的紧张关系也一再重现。

英国法官宁愿通过解释和边缘增长，在成文法与普通法之间的罅隙中不那末显眼地造法；他们长期以来一直否认自己的创造性作用，并把司法能动主义作为美国制度的一点特异之处（或失常之处）来加以斥责。有时，他们会借司法功能的宣布性之名来隐瞒自己扮演的造法角色；[138]但是，今天大家已普遍认识到宣布法律论是杜撰的，最地道的英国法官也在造法，[139]虽然他在这样做时比其美国同行更小心翼翼一些。[140]

南非法官表现出对老式的英国司法角色观有一种天真的情有独衷，这种观念可能正是他们所期待的，因为他们曾经有意识地按照英国司法界的样子来塑造自己。这种态度还服务于另一个目的：它否认了司法程序中的选择因素，从而免除了法官适用可憎法律时的个人责任。罗伯特·柯弗已经令人信服地指出：在奴隶制时期，美国法官从这种法律形式主义中寻求到了某种良心上的安慰,[141]人们可以猜测南非法官也通过采用这种方法而得到了某种相似的安慰。

直到六十年代中期，南非的学术批评家都尽力避免质问法官对自身角色的领会。从那以后，不断有批评指责法官在法律上有漏洞时未能利用他们的选择能力来支持种族平等和个人自由。[142]很多这种批评使用美国法律现实

主义者惯用的语句。有人警告南非法官注意未表达出来的前提的危险性，也有人提醒他们：潜意识中的偏见（特别是与种族有关的）可能会对司法裁断产生影响。人们用从霍姆斯、卡多佐、弗兰克和卢埃林[143]那里借来的词语鞭策他们行使其“最高的选择特权”[144]，在法律确定性的界限不明部分支持自由和平等。

起初，司法界的反应是充满敌意的。两位首席法官对学术批评家提出反驳并斥责他们是企图使司法政治化；[145]一位杰出的法学教授因敦促法官扮演一个能动主义的角色而被判蔑视法庭罪。[146]时至今日，这种批评似乎产生了一些效果；越来越多的法官对司法程序的真正性质有了一个更清楚的认识，他们开始接受这样一种观点：法官在解释制定法、审查行政行为、[147]以及发展普通法时常常行使选择权。这种觉醒在很大程度上可以归因于现实主义观点的批评以及对美国法和法律职业者的接触。

新的司法意识在纳塔尔表现得最为明显，那里的法官已经站在种族平等和个人自由一边来解释种族和治安法规了。[148]这些判决中有许多体现了纳塔尔省分院院长的司法哲学。在 1983 年的一次对“人权律师协会”所作的讲演中，他声称 1948 年《世界人权宣言》所含诸原则也反映了南非普通法的原则，因而在解释模棱两可的制定法时可以适当地援引。[149]

司法功能的这种态度正向最高法院的其他分院和法庭蔓延。就连保守的上诉庭都被指责为美国式司法能动主义的奉行者，因为它依据《博普塔茨瓦纳权利法案》的规定行使司法审查权，废除了博普塔茨瓦纳获得独立时从南非那里继承来的可以不经审判就无限期拘留的臭名昭著的《反恐怖主义法案》。[150]这些都是使人充满希望的征兆；司法机构有必要同国民党政府保持一定距离，以赢得黑人社会的某种信任。

法官们可能不会公开承认美国法律的影响是引起这种态度转变的因素之一，但有一点是毫无疑问的：美国司法经验曾经促使许多南非法官认真思考他们的作用并以更加进步的方式来行使他们的司法权力。

结语

美国法律在南非的影响不像在加拿大、印度或西德那么显著和积极。南非没有采纳美国宪法中的任何主要内容，它也无法夸耀曾在种族公正、法律的正当程序或个人自由之促进等方面效法过任何进步性的美国判例。恰恰相反，在南非政治和法律史上可以看到的是白人统治集团一方对美国正义观念和借以达到这一目标的制度设计表现出一种一贯的抗拒和敌视。

这并不意味着美国宪法对南非社会的影响可以打折扣。那样的历史观是过于狭隘和悲观的。自从科策大法官在 1897 年对 Brown v.Leyds N·O·一案作出戏剧化的判决之后，南非一直经历着宪法形式，司法角色，以及法律、法律职业者、法律机构在促进种族公正的事业中应该起的作用之间的紧张关系。在英国式议会至上论（适应了促成白人至上）的支持者和美国式司法审查制度的赞同者之间的对抗中，这种紧张关系得到了最频繁的表现。从目前来看，前者的政治力量更具优势。但破坏南非这种宪法形式的种子已经播下。议会至上和对待司法功能的保守的英国式态度已沦为反动的和维持现状的力量，而《权利法案》、司法审查和司法能动主义则同改革联系在一起。南非社会正处于危机之中。很快——没有人能够预料会有多快——就会有重大的

变化在此发生，种族隔离和白人统治将被废除。新的制度将建立起来，以治理新的社会、保障种族平等、保护少数派并促进个人自由。到那时，美国模式和经验可能会对宪政设计者更具吸引力，远远超过那些业已失败的宪法模式。[51]Brown v.Board of Education 案可能会成为《权利法案》和司法审查保护下的新南非的一块基石。这可能是一种过分乐观的估计，但乐观和不气馁正是法律理想主义的标志。

注释

[1] George M. Frederickson,White Supremacy: Com-parative Study in American and South African History(New York:Oxford University Press,1981).

[2] 8 Co Rep 113b;77 ER 640(CP1610).

[3] Day v.Savadge,Hobart 85,87;80ER 235,237(CP1614);City of London v.Wood,12 Mode 669,687;88ER 1592,1602(KB 1702).

[4] Edward S. Corwin, The "Higher Law" Background of "American Constitutional Law (Ithaca:Cornell University Press,1955); A.E.Dick Howard, The Road from Runnymede: Magna Carta and Constitutionalism in America (Charlottesville: University Press of Virginia, 1968).

[5] 1 Cranch 137(1803).

[6] 在于 1765 年首次出版的 Commentaries on the Laws of England 中,Blackstone 宣称议会的权力是' 绝对的和不受控制的。'参见 Sir William Blackstone, Commentaries, 4th ed.(London: J.Murray, 1876)1: 129.

[7] Sir John Wessels, History of the Roman-Dutch Law (1908), pp.291—293.

[8]在 1806 年，开普殖民化之后，要求律师必须是一个英国律师协会的成员或是牛津、剑桥或都柏林的法学博士。只有到 1858 年才有了为当地资格所作规定。H. R. Hahlo and E. Kahn,South Africa: The Development of Its Laws and Constitution (Cape Town: Juta,1960), pp.205—266,218。

[9] 对于这部宪法的细节分析，请参阅 L.M.Thompson, "Constitutionalism in the South African Republics" Butterworth's South african Law Review (1954), p.49。

[10]State v.Gibson(1898),Cape Law Journal(1898),15:4.

[11]Cassim and Solomon v. The State(1892), Cape Law Journal(1892), 9:58.

[12]参见 Thompson, "Constitutionalism," pp.57—72。

[13] Nabal v.Bok(1883)1 SAR 189.Kotze 首席大法官和 Esselen 大法官构成多数，Jorissen 大法官持不同意见。

[15](1895)2 Off Rep 112.

[16](1897)4 Off Rep 17.此案的主题后来成为一起国际纠纷的基础，这场纠纷发生在美国和在英国-布尔战争之后作为德兰士瓦之继承者的英国之间，所涉及的问题是一个美国国民——Brown 受到的待遇：Brown's Claim, Reports of International Arbitral Awards, Robert E. Brow(U.s.)v.Great Britain,UN Rep.(1923).6:120。

[17] Brown v. Leyds N.O., PP.24,28,30—31.

[18]1 Cranch 137(1803).

[19]同上，PP.27,28,30—31。

[20]同上，pp.27，29。

[21]同上，PP.24,27,28。

[22]同上,PP.24,25,28,31。

[23]同上,p.29。

[24]Poindexter v.Greanhow,114 U.S.271(1884),p.291;Kotze 在 Brownv.Leyds N.O.,pp.26—27 中引用了此案。

[25] Brown v.Leyds N.O.,p.43.

[26]同上，pp.60—61。

[27]这一上诉状的全文见于 John Gilbert Kotzé, Memoirs and Reminiscences (Cape Town:Miller,1949),2:265ff(尤其是 pp.268—272)。

[28] Eric A.Walker,Lord de Villiers and His Times:South Africa 1842—1914(1925),pp.293—294，还可参见 Cape Law Journal(1898),15:60 上对 de Villes 与 Kruger 总统之间一次会谈的纪要。

[29]一般认为 Smuts 是 Cape Law Journal(1898),15:94 上那篇未署名的支持 Kruger 总统的文章：“Road and Bench”的作者。

[30] J.W.Gordon 在 Law Quarterly Review(1898),14:343 上撰文对这一司法争议作了清楚明了的评述。

[31] Walker,Lord de Villiers and His Times,p.294.

[32] L.M.Thompson,The Unification of South Africa 1902—1910(Oxford:Oxford University Press,1960),p.97.

[33] Kotze, Memoirs and Reminiscences,pp.Ⅶ—Ⅷ.

[34] Law Quarterly Review(1898),14:350(italics added).

[35]关于这次会议的历史，请见 Thompson, Unification, p.34。

[36]同上，p.100。

[37]同上，p.95。

[38]同上，p.97

[39]同上，pp.174—175。

[40]同上，pp.99，101。

[41]同上，pp.103—104，187（Merriman），105（Smuts）。

[42]同上，pp.106,118。

[43]同上，pp.103,106,115。

[44]黑人这个词被用来概括三个主要的南非非白人种群——非洲人、有色人（混血人）以及印度人。当这些种群被分别提到时，则各自使用“非洲人”、“有色人”或“印度人”这样的词。在开普，选举权被授予所有达到某种教育和经济资格要求的成年男子，而不论其种族如何，但随着非洲人选民人数的增加，资格要求也提高了。到 1909 年，在开普，85%的登记选民是白人，10%是有色人，只有 5%是非洲人；同上，p.110。

[45]Schreiner 和他的妹妹 Oliver（女起草人）都赞成制定一部联邦制的宪法，认为这将为开普黑人提供更多的保护：同上，pp.108—109。

[46]Parliamentary Debates,5th series,p.9，cols.966—967（August 16,1909).

[47]Thompson,Unification,pp.482 — 483. 亦见 T.R.H.Davenport, “Civil Rights in south africa”Acta Juridica(1960),p.13。

[48]关于这一时期的一般性历史描述，请参阅 Leo Marquard,The Peoples and Policies of South Africa; T.R.H. Davenport,South Africa.(London:Macmillan,1977)。

[49]一般性的情况请参见 Geoffrey Marshall, Parliamen-tary Sovereignty and the Commonwealth (Oxford: Oxford University Press,1957)。

[50]参见 John Dugard,Human Rights and the South African Legal Order (Princeton: Princeton University Press,1978),pp.304ff,325—328。这里的摘录征得了普林斯顿大学出版社的同意;Hugh Corder,Judges at Work:The role and Attitudes of the South African Appillate Judiciary 1910—1950(1984)。

[51]The Representation of Natives Act,no.12 of 1936.

[52] 1937 AD 229.

[53]同上，pp.237, 238。法院还在 Sachs v. Minister ofJustice,1934 AD11 中强调了自己对议会的从属关系，在那里，它宣称：“议会可以采取任何它所选择的侵犯任何在其统治之下的个人之生命自由或财产的措施，而且……执行议会的意愿是普通法院的职责”（p.37）。

[54]John Dugard,“The Legal Effect of United Nations Resolutions on Apartheid,”South African Law Journal (1966),83:44;Ozdemir A.Ozgur,Apartheid:The United 89tions and Peaceful Change in SouthAfrica(1982).

[55]南非以及苏联集团和沙特阿拉伯在大会上没有对这一宣言投票。

[56] 1952(2) SA 428(A).

[57]1952(4) SA 769(A).

[58] The Appellate Division Quorum Act 27 of 1955.

[59] 1957(1) SA 552(A).

[60]唯一的异议者是 Oliver Schreiner 大法官，W.P.Schreiner 的儿子；他认为政府不法地规避了确立的宪法条款。

[61]1952(2) SA 428(A）,p. 468.法院还引用了 Bryce 的 American Constitution（原文如此），赞同它对审查权的看法：同上，p.456。

[62]例如，可以参见:Ben Beinart,“Parliament and the Courts,” Butterworth' s South African Law Review(1954),pp.159—160(citing Marbury v. Madison, 1Cranch 137 [1803])。

[63] Albert Centlivres,“The Constitution of Union of South Africa and the Rule of Law,”in Arthur E.Sutherland,ed.,Government Under Law (Cambridge:Harvard University Press,1956),p.423.

[64] House of Assembly Debates,Vol.78,col.3124(March 25,1952).

[65]同上，cols.5497—5498(May 7—8,1952)。

[66]大多数‘种族隔离法’是在 1949-1956 年期间颁布的。异族通婚 1949 年被定为非法(《禁止异族通婚法》，1949 年第 55 号法令）；居住区与种族区分实行于 1950 年《聚居区法》1950 年第 41 号；《人口登记法》，1950 年第 30 号）；对黑人适用的“通行证法”在 1952 年得到扩充（《废除通行

证及协调证件法》，1952 年第 67 号）；分别而不平等的公共设施于 1953 年成为合法（《分别设施保留法》，1953 年第 49 号）；“班图教育”于 1953 年设立（《班图教育法》，1953 年第 47 号）；而对政治表达的严格限制则开始于 1950 年（《抑制共产主义法》，1950 年第 44 号）。关于这些法律的讨论，请参阅:Dugard, Human Rights,chs 4—6。

[67]“南非印第安人大会”（SAIC），“南非有色人组织”（SACPO），“南非民主主义者大会”（COD）。

[68]关于这一文件的原文及其历史，请参见:Gilbert Marcus, The Freedom Charter:A Blueprint for a Democratic South Africa, Occasional Papers No.9(Centre for-Applied Legal Studies,1985)。

[69] Molteno 是 Harris 案的辩护人之一，后来被任命为开普敦大学宪法教授。

[70] Molteno Report for the Progressive Party (Johannesburg: Progressive Party, 1960), 1:5.

[71] Edgar H.Brookes, Kenneth Heard,J.S.Marais 以及 Leonard Thompson。该委员会的其它成员是 S.Coopan,Z.J.De Beer,Selby Ngcobo,H.F. Oppenheimer 和 R.E.van der Ross。

[72]Molteno Report,1:61.

[73]同上,1:50-66,2:13,50.

[74]例如，可以参见 D.V.Cowen,The Foundations of Freedom(Oxford: Oxford University Press,1961)。

[75]通过《南非共和国宪法法案》，1961 年第 32 号。要进一步了解这一宪法变动，请参阅:Ellison Kahn,The New Constitution (London：stevens,1961)。

[76]同上，P.2。

[77]关于这些法律及其实施的描述，请见:Dugard，Human Rights,ch.5。

[78]从 1961 到 1974 年，进步党中只有一个议员——Helen Suzman。到 1974,又有六人当选,从那以后,其支持率便呈渐增之势。参见:J.Strangwayes Booth, A Cricket in the Thorn Tree:Helen Suzman and the Progressive Party (Bloomington: Indiana University Press, 1976)。

[79]关于在纳米比亚制定一部《权利法案》的早期努力,请见 1.J.Boulle, “The Turnhalle Testimony,” South African Law Journal (1978) 95:49。

[80]关于博普塔茨瓦那《权利法案》,请参见:M.Wiechers and D.van Wyk, “Republic of Bophuthatswana,” South African Yearbook of International Law(1977), 3:85.在 State v. Marwane,1982(3)SA 717(A)一案中，南非上诉庭作为博普塔茨瓦那的上诉法院废除了它从南非那里继承下来的《反恐怖主义法》(1967 年第 83 号)。关于这个案子,请参见 A. E. A. M.Thomashausen, “Human Rights in Southern Africa:The case of Bophuthatswana,” South African Law Journal(1984),101:467。

[81]A.S.Mathews and R.C.Albino, “The Permanence of the Temporary:An Examination of the 90-and 180-day Detention Laws,” South African Law Journal(1966), 83:16; Dugard, Human Rights, chs.9—11; Dugard, “Some Realism About the Judicial Process and Positivism,” South African Law Journal(1981),98:372。

[82]B33(1979).

[83]Barend van Niekerk在“The Dream of Liberty:Bills of Rights for the bantustans,”South African Law Journal(1973),90:403中引用了这段话。

[84]比勒陀利亚大学经济政策与分析中心于1980年在L.A.Lom bard的主持下出版了 Alternatives for the Consolidation of KwaZulu:Progress Report.关于这份报告的讨论见于:John Dugard,“Judicial Power and a Constitutional Court,”in Boulle and Baxter,Natal and KwaZulu,p.189。

[85]参见 Report of the Buthelezi Commission on the Requirements for Stability and Development in KwaZulu and Natal(1982),1:114。

[86] M.M.Corbett,“Human Rights:The Road Ahead,”in C.F.Forsyth and J.E.Schiller,eds.,Human Rights:The cape Town Conference (Cape Town:Juta,1979),pp.4 — 5;also in South African Law Journal(1979),96:196.J.M.Didcott 大法官（南非最高法院纳塔尔省分院）在“人权律师”的创立大会上再次重申了南非对《权利法案》的需求。参见：The Star,June 23,1980;Sunday Tribune,June 29,1980。

[87]提倡《权利法案》和司法审查的主要有：Dugard,Human Rights,pp.401—402；J.D.van der Vyver,Seven Lectures on Human Rights (1976),pp.76－77,The Protection of Human Rights in South Africa[Die Beskerming van Menseregte in Suid -Afrika](1975),pp.184—185, and “Parliamentary Sovereignty,Fundamental Freedoms and a Bill ofRights,”South African Law Journal（1982）, 99：557; B.Beinart,“The Rule of Law,” Acta Juridica(1962), p.137; D.B.Molteno, “the Rules Behind the Rules of Law,”ActaJuridica（1962）,p.137;D.B.Molteno,“The Rules Behind the Rules of Law,” Acta Juridica(1965—66), pp.147—148;B.G.Ranchod,“Attitudes to Constitutional Proposals,” in D.J.van Vuuren and D.J.Kriek, eds, Political Alternatives for SouthernAfrica（1983）, p.456。

[88] 1977年，国民党接受了一系列影响到白人、有色人和印度人的宪法方面的劝告，开始了制定一部新宪法的计划。1979年，一项提交给一个联合议会特别委员会的关于新宪法的议案公开发表了。这又导致了一个委员会（即所谓的“Schlebusch委员会”）的产生，它于1980年提出了自己的报告：RP68/1980。此后，立宪计划开始由总统顾问班子和宪法发展与计划部负责。

[89]I.M.Rautenbach 教授。就在他受命担任这一职务之前不久，Rantenbach 曾提倡在新宪法中纳入一部《权利法案》。参见：S.C.Jacobs,ed.,A New Constitutional Dispensation in South Africa ['nNuwe Grondwetlike Bedeling in Suid Afrika]（1981）,p.151。

[90]Second Report of the Constitutional Committee of the President'sCouncil,PC 4/1982,ch.9。这份报告后来得到司法部长H.J.Coetsee的赞同，在“WhyNo Declaration of Human Rights？”

[Hoekon nie'nVerjkarubg van Menseregte nie?]Journal for Juridical Science（1984）, p.5.中。不过，这份报告却受到法律学者的强烈批评，参见：W.H.B.Dean and Dirk van Zyl Smit ,eds., Constitutional Change in

SouthAfrica：The Next Five Years（1983）,p.101;J.D.van der Vyver,"TheBill of Rights Issue,"Bulletin of Lawyers for Human Rights（1983）,no.1,p.68 and 以及他的“The Bill-of-Rights Issue,”Journal forJuridical Science（1985），10：1。

[91] Second Report,para.9.27.6,para.9.8,9.21.

[92] 同上，para.9.10.

[93] House of Assembly Debates,vol.108.cols.11481—11494（August 15—17，1983）.

[94] 同上;cols.11191—11193(H.H.Schwarz)，11345(Helen Suzman)，11177 （D.J.Dalling）。

[95] 同上，cols.11367,11491。

[96] 同上，cols.11385—11388，11445—11446。

[97] 对这场争论的描述，请见：Survey of Race Relations in South Africa （1983），37：78ff。

[98] Republc of South Africa Constitution Act,no.110 of 1983.

[99] 参见：Anthony Lemon,“The Indian and Coloured Elections:Co-optation Rejected?”South Africa International（1984）,no.2,p.84。

[100] The Prohibition of Mixed Marriages Act,no.55 of 1949.比较南非和美国的反混血立法会十分有趣。虽然这种法律是美国在十七世纪首先采用的，可南非在二十世纪前却以更加赞许的态度来引用它。参见：George Fredrickson, White Supremacy (New York: Oxford University Press,1981)，ch 3。

[101]House of Assembly Debates,vol.68,co.16493（May25,1949）.

[102]参见 Dugard,Human Rights,pp.151ff。

[103]同上，pp.168—173。

[104]Williams and Adendorff v.Johannesburg Municipality,1915 TPD 106;R.v.Plaatjies,1910 EDL63.

[105]1934 AD167.

[106]163 U.S.537（1896）.

[107]A.A.Roberts 从“律师合作社”编的 Law Reports Annotated（Rochester：Lawyers Co-operative，1934），1934 AD167,pp.168,169（以后简注为ALR)中引用了几段。最重要的是他提到了Corporations Commission vs.Transportation Committee of North Carolina Commission on Interracial Co-operation,198 NC 317,151SE648。见 ALR（1930），66：1197。这项裁决的要旨体现在它的结语中：“黑人在许多方面已经是一个被选中的民族——被带到这里，一片机会的土地，在开化的人民中间，不执着于他们来自非洲的部分。这份‘被强加而不是受请求’承担的责任已经压到这个国家的白人身上，这就是使他们文明化和基督教化。这种信托已经，而且正在被忠实地执行”（p.1202）。第1202页上引用了 Plessy v. Ferguson（1896）[但是引自 State v.Wms.,186 N.C. p.633,634;120S.E.224,228（1923）]。

[108] 347 U. S. 483（1954）.

[109] 453 U.S.280（1980）.法院“支持一项国务院的管制申请，允

许国务卿取消一份护照，如果他确定该国民在国外的活动‘正在或可能会对美国的国家安全或外交政策产生严重的危害。’”

[110] Tutu v.Minister of Internal Affairs,1982(4)SA571(T).

[111] 374 U.S.483（1954），pp.494—495.

[112] 例如,可以参见 H.H.Schwarz 在 1983 年呼吁南非制定一部人权法案时对 Brown v.Board of Education 案的借助。

[113] 同上，cols 11199，11386。

[114] House of Assembly Debates vol.68,col.6493（May 25，1949）.

[115] 388 U.S. 1（1967）.

[116] 379 U.S.184（1964）.

[117] 有趣的是，南罗得西亚高级法院在 City of Salisbury v.Mehta,1962(1)SA 675（FC）一案中效法了 Brown 案。

[118] 由《出版业法》（1974 年条 42 号法案）设立。

[119] Sec.47(2)(e)of Act 42 of 1974.

[120] 284 U.S.47（1918）.

[121] 274 U.S.357（1926）.

[122] 250 U.S.616（1919）,p.630.

[123] Mary Cheh,“Systems and Slogans: The American Clear and Present Danger Doctrine,” South African Journal on Human Rights（1986）,no.2.,p.29。在这篇文章中，作者向人们表明了“出版业上诉委员会”在将美国同“明显和当下之危险”标准有关的晚近发展付诸实施方面是怎样失败的。

[124] 1975(2)SA 294(A)，p.311。在这项由西南非圣公会大主教提出的要求保护“西南非民族组织”（SWAPO）成员的申请上，法院赞许地引用了一段“律师合作社”编的 American Jurisprudence,2d ed.（Rochester:Lawyers Co-operative,1942）,vol.39 中的话，说人身保护法“应当总是作支持公民自由权的解释”。

[125] South African Associated Newspapers and Van Niekerk v.Pelser,1975(4)SA 797(A);在 Dugard 的，Human Rights，中有讨论，见 pp.179—180。

[126] 376 U.S.254（1964）.

[127] S.v.Channe,1978(2)SA891(A).

[128] 分别参见 407 U.S.25（1972）和 372 U.S.335（1963）。

[129] 384 U.S.436（1966）;Dugard,Human Rights,pp.134,256,294.

[130] D.J.McQuoid-Mason, An Outline of Legal Aid in South Africa（1982）,pp.100,118,193.

[131] 408 U.S.238（1972）.

[132] 438 U.S.265（1978）.

[133] 关于同种族隔离和死刑有关的策略之描述，请分别参见 Richard Kluger的Simple Justice ;The History of Brown v.Board of Education and Black America's Struggle for Equality（New York：Knopf 1976），和 Michael Meltsner 的 Cruel and Unusual：The Supreme Court and Capital Punishment（New York：Random House， 1974）。

[134] 南非公益法所受启发大多来自美国有色人种促进会（NAACP）法律

辩护基金会、美国民权联盟以及法定民权律师委员会。南非公益法已经得到了福特基金会、纽约卡内基公司、以及洛克菲勒兄弟基金会的大量资助。

[135] 分别参见 1983(3) SA 595(A)和 1986(3) SA 969(T)。

[136] 在议会讨论将一部《权利法案》纳入 1983 年宪法之中的提议时，H. H.Schwartz（进步联邦党）这样比较了 Brown 案和 Rikhoto 案：“法院作为保护者和发展者的角色在美国、甚至在法院权力更为有限的南非都已明显表现出来了。常有人问：在 1954 年 Brown 案的时代，议会有没有可能通过一部废除学校中的种族隔离的法律？许多人对此持怀疑态度。同样在南非，法院已经接受了作为权利保护者的角色，在我的印象中，最近的 Rikhoto 案就表明了这一点。该案通过它的解释开辟了新的发展之路，若是换成政客则很难起步”；参见：House of Assembly Debates,vol.108, cols.1192—1193（August 15,1983）。

[137] 关于这些团体及其运作的描述，请参见： John Dugard,"Lawyers Versus the Law in South Africa,"Human Rights（1983）,2(2)：22。

[138] 例如,可以参见：Lord Radcliffe,“The Lawyer and His Times,” in Arthur E.Sutherland,ed.,The Path of Law fron 1967 (Cambridge; Harvard University Press, 1968),p.14。

[139] Lord Reid,“The Judge as Law Maker,” Journal of the Society of Public Teachers of Law（1972）,12：22.

[140] 请对照 Oliver Wendell Holmes 大法官的格言：“我认为法官的确而且必须立法，但他们只能在缝隙中这样做；他们被限定在从克分子到分子运动的范围内”；参见 Southern Pacific Co.v.Jensen,244 U.S.205（1916）,p.221。

[141] Robert Cover,Justice Accused: Antislavery and the Judicial Process （1975）.

[142] 对这种批评的描述及批评作品的目录见于 Dugard,Human Rights,pp.288—302。

[143] 例如，可以参见：Dugard,Human Rights,pp.366—368。

[144] 这一词汇被 Oliver Wendell Holmes 用来描绘法律不确性领域内的司法功能；参见他的"Law in Science and Science in Law,"O.W.Holmes,379Collected Legal Papers（1920）,pp.238—239。

[145]首席大法官 L.C.Steyn 和 Ogilvie Thompson。他们的评论见于 Dugard,Human Rights,pp.291,368—369。

[146]纳塔尔大学的 Barend van Niekerk 教授。这次起诉在 Dugard 的上引书 pp.294—302 中有介绍。还可参见：Stake v.Van Niekerk,1972 (3)SA 711(A)。

[147]根据南非法律,法官可以审查违反宽泛的合理性和自然正义标准的行政行为。

[148]例如，关于种族法，可以参见 In re Dube,1979(3)SA 820(N)和 In re Duma,1983(4) SA 469(N)；关于治安法，可以参见 S. v. Grbson N.O.,1979(4) SA115(N)。

[149]Bulletin of Lawyers for Human Rights（1984）,no.3,p.48。这一声明有点类似于首席大法官 Centlivres 在纪念首席大法官 Marshall 诞辰

200 周年集会上所言："包括在美国《人权法案》中的前九条修正案里的条款可以被视为适用于南非联邦的宪法性惯例"；参见：Centlivers,"The Constitution of the Union of South Africa,"p.443。

[150] 在 State v.Marwane， 1982(3) SA717(A)中，当时作为 Bophuthatswana 上诉法院的南非上诉庭撤销了一项根据《反恐怖主义法》（1967 年第 83 号法）而提起的指控（该法是 1977 年它获得独立时从南非那里继承下来的），其理由是这部法律违反了《权利法案》中同无罪推定、非审羁押和有追溯效力之立法有关的内容。这项以七比四的多数作出的裁决在南非的有些区域受到欢迎，但却遭到保守派（包括总统顾问班子中的宪法委员会）的猛烈评击；参见：Second Report，p.75。Bophuthatswana 首席大法官 V.G. Hiemstra 在 Smith v. Attorney-General Bophuthatswana, 1984(1)SA 196（BSC）中强烈批评了法院在 Marwane 案中的推理和哲学，说它是"过分奢望的无效宣告的典型例证"（p.204）。在同一项判决中他把自己同严格建构主义的宪法解释方法联系到了一起（p.200）。要进一步了解对 Marwane 案的批评，请参见：Thomashausen，"Human Rights in Southern Africa： The Case ofBothuthatswana," p.467。1972 年，Bophuthatswana 建立了自己的上诉法院。

[151]哥伦比亚大学法学院的 Jack Greenberg 教授（NAACP Legal DefenseFund 的前负责人）从美国视角讨论了采纳《权利法案》对南非的好处，请见他的 "South Africa and the American Experience，" in Fors- yth and Schiller,ed.，Human Right： The Cape Town Conference,p.113。

第三部分
美国宪政与国际人权

十四 宪政与人权

路易斯·亨金

美国人倾向于认为人权是他们自家的思想和独有的标志。事实上，人权目前已写入了世界上差不多所有一百六十个国家的宪法之中。人权问题渗透在国际政治中，而国际人权法案亦成为国际法的一部分。

美国人在庆祝美国宪法诞生二百周年的同时，也许会周详地考虑美国宪法思想和法理对其他国家宪法发展的影响。在这篇论文里，我从美国宪法的角度来看二战后繁荣兴盛的国际人权运动：国际人权从美国宪法思想中汲取了些什么？人权的国际发展是否又反过来影响了美国宪法判例？美国宪法思想和国际人权原则在它们提供的保护措施方面有何不同？我们是否还有更多的东西需要传授？或者还是有某些东西值得学习？

国际人权运动孕育于二战期间。那时，美国宪法和《人权法案》已有一百五十多年的历史。无疑，个人权利并不是美国发明的，尊重权利也非美国所独有。尽管人权思想在著名的《独立宣言》和《人权法案》中得到了清晰表述，但是它的源头和前辈还得到欧洲和英国去找，而法国《人和公民权利宣言》的洪钟大吕也一直在世界各地回响。而且就尊重权利而言，其他国家在某些方面比美国做得更多，或者更早，举一个有名的例子，欧洲国家废除奴隶制就比我们早，且无需通过流血内战来实现。

不过，说美国对人权思想以及对我们时代的人权普遍化和国际化作出了巨大贡献，并非不适当的自我吹嘘。在萌生国际人权的战后时代，正是美国才被公认为人权思想的首要倡导者，而且被看作是践行人权思想的最主要的范例。即便是那些对美国历史只有一点点了解的人们都知道，在美国，个人权利是生活的核心所在，而且从建国以来就是宪法史的主线。在《独立宣言》中，人权思想所提供的政治理论使美国具有了建立独立国家的合理性。这一理论描绘了创制新政府的蓝图和各州的宪法。将人权法案纳入宪法成为批准宪法的一个条件。人权是美国内战的核心问题，贯穿了废奴斗争的始终，人权也是内战的首要成就，这表现在“和平条约”即第十三条和十四条修正案里。从更深层的意义上讲，内战以来的美国史，无疑也包括从那时以来的宪法史，就是为实现《独立宣言》的承诺而奋斗的历史，而且在我们这个时代，这种奋斗集中体现在个人权利方面。

美国也是使人权思想普遍化和国际化的首要倡导者。正是美国总统在论四大自由的演讲中明确地阐述了二战的目的。美国将人权写入与战败国的和平条约之中，写入它所占领的国家的法律之中。将人权写入《纽伦堡宪章》和《联合国宪章》也主要归功于美国。美国公民在争取国际人权法案的运动中表现突出。美国的代表，特别是埃利诺·罗斯福，促进了《世界人权宣言》的确立，而其他美国代表则促进了派生于该宣言的其它一些国际人权文件的产生。促进其他国家的人权发展是美国对外政策的一个突出之点。美国的一些非官方组织是世界上顶尖的人权监督机构。

美国对国际人权运动的政治影响也不是一帆风顺，它经常被层出不穷的美国的压制性统治政权以及它与压制性政权的过于亲密的联系所冲淡。由于那几个主要的国际人权公约一而再、再而三地不能在国内通过，我们在国际人权事业中就经常被堵了嘴。不过，如果说我们对国际人权的政治影响是不

稳定的，我们作为榜样的重大意义，我们的宪政思想和法理的重要性却是毋庸置疑的。对于国际人权，我们的贡献如下：人权思想最有名的阐述和证明，见《独立宣言》前言；最权威的人权目录，见《人权法案》、其它宪法修正案以及包罗万象的法理阐释和发展；司法审查，这是一个以制度来实现思想的非凡胜利，而且也是对持续不断地、实实在在地实现着人权思想的社会的一个个案研究。

美国宪法权利和国际人权在根本上有契合之处，同时也有重大不同。下面先择其要者，说说美国的人权思想，在这种情况下或许更有利于说明问题。

美国的人权思想是一个更大的政治理论的一部分。这个理论在《独立宣言》中有所阐述，并为各州宪法所明确采纳。在最初的美国宪法中它还不太明显，最初的宪法主要讲联邦问题，而不是个人与社会的关系问题。不过，《独立宣言》中表达的人权理论，却在宪法的序言、宪法正文的只言片语中，《人权法案》里各项修正案的用语中暗自蕴含着：

> 我们认为这些真理是不证自明的，人人生而平等，造物主赋予每个人一些不可剥夺的权利，其中包括生命，自由和追求幸福的权利——为了保障这些权利，人们才在他们中间设立政府，其正当权力来自被统治者的同意。无论何时，任何政府形式，只要破坏上述目标，人民就有权改变或废除它，并创造新的政府……

美国的人权观始于自治的个人。在社会中个人自治合并并转变为人民主权。人民通过社会契约创设政府，在政府中，人民通过自己设立的机构和自己选举的代表来自行统治。但是即使在与人民、人民设立的机构、人民代表的关系中，作为一项人权，个人仍然保留广泛的自治权、自由权和豁免权。人民借以创设政府机构的社会契约——宪法——也明确规定了对政府的限制，其中最突出的就是用来保障尊重个人权利的限制。宪法对政府权力的限制和对个人权利的保障都是法律，而且是最高的法律，它约束人民也约束人民代表，它高于任何议会机关制定的法律和行政机关颁布的命令。

因此，在美国人的心目中，权利既不是社会赠予的也不是政府赠予的，它们是天赋的和固有的。权利既不是由宪法授与的，也非源于宪法，它们先于宪法而存在。宪法规定政府有义务尊重这些先在的权利，如："国会不得制定剥夺言论自由的法律"；"人民保护其人身、住所、文件等等的权利不受侵犯"；"非经正当法律程序不得剥夺任何人的生命、自由或财产"。而且政府必须尊重所有的个人权利，而不仅仅是这些明文规定的权利。

美国的人权观不仅保护个人权利不受专制统治者的侵犯，而且保护其不受人民和他们合法选举的代表的侵犯，即使他们的行为出于善良的愿望和为了公共利益也不允许。立法机关尽管是人民选举产生的，但也不是最高的，立法机关也要受制于宪法的约束，它也必须尊重个人权利。

在美国，其它所有的政府机构和设置，其目的也主要是为了有助于保障个人权利。定期选举有助于保障权利不受当选官员的侵害。虽如布兰代斯法官所言，三权分立必然带来低效率，但却防止了专制。甚至联邦制——它对现实的适应源于创设者们一系列次等选择方案的拼凑——实现了（弗兰克福特法官所言）某种垂直分权，防止了权力集中，保护了个人自治和自由。最主要的是，由于要保护权利不受民主制度的侵犯，人们就认为还有必要发展出其它的不怎么民主的制度来保障对人权的尊重。于是，一种特殊的保护在"危险最小的部门"中被发现并发展起来了，这个部门就是法院，司法审查

制度也就成为美国人权制度的基石。

在美国，个人权利并没有全部列举出来。《独立宣言》在不可剥夺的人权方面只列举了没有定义的一般权利——“生命、自由和追求幸福”。美国宪法也没有列举全部的人权种类。《人权法案》只是我们对一张权利清单的称呼，第一届国会的成员决定，这个权利清单应该作为修正案附到宪法上。其中包括从英国人那里继承而来的一些权利和一些殖民地居民所主张的而作为英国臣民享受不到的权利。它们包括言论自由、新闻出版自由和宗教自由；私人居室军队不得驻占；不受未经授权的搜查和扣押的个人隐私；财产权；法律的正当程序方面的权利和刑事程序中被认为对公平来说必不可少的特定因素方面的权利。宪法修正案的目的并不在于列举出全部的权利，特别是许多人认为没有必要针对新产生的联邦政府设定保障。第九条修正案明确地规定：“宪法中对一些权利的列举，不应解释为否认或轻视人民所保留的其它权利。”这一条款的采纳也许只是出于额外的谨慎，而并没有想到哪些具体的尚未列举的权利。但是，很明显还有其它许多立法者珍视的权利，其中有些实际上是由英国的普通法来保护的，而且立法者肯定希望这些权利在新诞生的美国也受到保护。后来人们发现，很多这些权利就是美国宪法所保护的“自由权”的一部分。

美国宪法对人权思想的正式表述中并没有讲到对权利的限制，或享有权利的任何条件。显然，在创立政府、授权它为共同同意的目的进行统治的过程中，个人自治就含蓄地受到限制。还有一些限制隐含于要求权利保护的宪法条款中，诸如仅仅保护不受不合理的搜查和拘捕；只有非经法律之正当程序才不得剥夺他人生命、自由或财产；只能免受残酷的和不正常的惩罚。从已经产生的判例来讲，生命、自由和财产在一定程度上显然可以由政府出于公共目的，以合理措施经合理途径加以调整。即使是宪法以绝对的词句（没有任何明示的限制条件）所明确保护不受侵犯的自由——最突出的就是第一条修正案规定的各种自由权——也要受制于政府的某些调整。不过，尽管受到了限制，权利仍然是基本的。在美国，我们以个人自治和个人自由为立身之本，政府要侵犯它们必须要找到合理的依据。一些自由（言论、新闻出版、宗教）是优先的，一些自治领域（隐私）尤为神圣不可侵犯；对这些权利的侵犯须经法院严格审查，只有在出于必不可少的、重大的公共利益时才能被允许。

美国的人权思想不仅仅体现于《人权法案》和其它宪法性文件。更多情况下它体现为宪法哲学的一部分，尽管你得从好几百卷美国最高法院的判例报告中把它提炼出来的。我们从中看到人权思想在几个世纪里，是如何稳步实现的，其内涵是如何拓展的；宪法哲学在司法机构与政治机构的相互作用中，在回应新权利主张的过程中，是如何逐步精致和完善起来的。

到 1945 年——国际人权诞生于这一年——美国的人权哲学已经成长起来了，但远不如今天这么繁花锦簇。种族隔离尚未结束，新的平等保护学说，包括对可疑的分类和准分类的严格审查尚未到来；言论自由、新闻出版自由、宗教自由还没有得到多大扩展；正当程序，特别是正当刑事程序及其在各州的适用，还有待进一步精细化；私人领域要受强大的保护还没被承认；最高法院还没有通过发展它的权利等级——受不同程度的审查并要求更重大的公共利益理由来为侵犯权利辩护——来进一步调整它的司法角色。尽管如此，美国宪法哲学的大体轮廓此时已描绘停当。战后，无论是对印度这样新建的

新国家，还是对像德国这样新建的老国家，这个轮廓都发挥了作用。美国的人权哲学，或是直接地，或是间接通过我们先前影响过的国家，或是融入时代精神，对国际人权的形式和内容帮助甚大。

世界人权运动是由《联合国宪章》发起规划的，并通过国际组织发展起来的文件，以国际宣言和国际条约的形式得到了实现。其中最主要的是《世界人权宣言》和两个综合性公约，《公民权利和政治权利国际公约》及《经济、社会、文化权利国际公约》。另有一批涉及特定权利的公约，《防止和惩治灭绝种族罪公约》、《消除一切形式种族歧视国际公约》、《妇女政治权利公约》等。还有一些综合性的地区协定——《欧洲人权公约》、《美洲人权公约》、《非洲人权和民族权宪章》，等等。

除了那些隐含在承认和保护人权的要求中的政治哲学外，世界人权文件不反映任何特定的政治哲学。这些国际文件是政治家和其他公众人物起草的，不是哲学家起草的，针对的又是具有不同文化和意识形态的人们，因而就避免了哲学思辩和哲学态度上的争论。国际人权文件不包括任何人权理论，也没有断言人权是“自然”权利。它们不必假定个人原本上或原则上是自治的，和权利先于社会和政府。这些文件同意人民主权，并宣布人民的意志是政府权力的基础，但对此着墨不多（除了投票权），也未诉诸于任何社会契约论观点。论证人权的正义性，它们仅陈述真理——或修饰之——没有人费心穷究这些问题。人权来源于“人的固有尊严”，尊重人权是“自由、正义、和平的基础”，它创造着“和平友爱关系的必要”条件。

地区性人权文件，特别是《欧洲人权公约》和《美洲人权公约》，也避免信奉某一特定的人权哲学；不过，两个公约都反映了这些地区的国家对议会民主制的普遍遵行。《欧洲人权公约》包括一个对“有效的政治民主”的承诺，并且诉诸于（在序言中）“政治传统、理想、自由和法治这些共同遗产”。有一项义务就是坚持“在保护自由表达人民选择立法机关的意见这一条件下……自由选举”（第一议定书）。《美洲人权公约》在序言里重申，缔约国的意图是“在本半球，在民主制度的范围内，巩固以尊重人的基本权利为基础的个人自由和社会正义的制度”。公约条款不得解释为排除其它的“源于作为一种政府形式的代议制民主”的权利（第 29 条[c]）。这些地区性公约里反复提到的“民主社会”指的是特定的西方含义上的这种社会。

对于美国宪法哲学，国际文件中承认的公民权利和政治权利都是些司空见惯、意气相投的东西，连所用的词句都是熟悉的。国际文件的起草者，学习了一个半世纪的人类历史，其中包括美国宪法史，针对全世界形形色色人们，他们所阐述人权的内容，比简短、暧昧的美国《人权法案》（即使后来又有宪法修正案补充）要充分得多，也丰富得多。这些公约使美国宪法所假定的那些权利，使后来被富于洞察力的司法解释所发现的那些权利，统统写在了明处。对那些在宪法中只得到有限表达的权利，则宣示得更为充分。

《世界人权宣言》和其派生的《公民权利和政治权利国际公约》实质上包含了美国《人权法案》和内战修正案的所有内容。（但没有排除建立宗教和在和平时期驻扎军队事；没有要求大陪审团起诉和陪审团审判。）这两个文件还包括了我们常常认为是我们宪法遗产的一部分，但有时候会惊奇地发现并不在宪法文字中的那些权利：无罪推定；改变住所和旅行、离开和返回其国家的自由；婚姻自主和成立家庭的权利；父母指导子女的道德教育的权利；以及投票的权利。权利遭侵犯时得到救济的要求在美国宪法也许是隐含

在法律的正当程序要求中的，但在《世界人权宣言》中却得以明确规定。最初的美国宪法中没有平等和法律的平等保护，法律的平等保护是到第十四修正案才加上去的，而且只要求州做到。最后，到我们这时代，才把它放进对第五修正案的解释中，使之对联邦政府也适用。相比之下，在国际人权法案中，平等是一个压倒性的主题。

在国际文件中，各项具体的权利的范围也扩大了。美国宪法只禁止对被定罪者施加残忍的和非同寻常的刑罚；酷刑和其它官方的不人道待遇，只有在被看作是对“非经法律的正当程序”不得剥夺的“自由”的一种侵犯，并且够得上这种含糊其词的保护的程度时，才能为宪法所禁止。而国际人权法案则禁止一切酷刑和残忍的、不人道的、有辱人格的待遇和处罚。美国宪法只保护生命、自由和财产不受没有法律正当程序的剥夺，而《世界人权宣言》则宣称，人人都有生命、自由和人身安全的权利，都有权拥有财产，不得任意剥夺。而且，国际人权文件不但保护生命、自由、财产，还保护荣誉和名誉。《公民权利和政治权利国际公约》禁止对孕妇执行死刑，禁止对十八岁以下的人所犯之罪处以死刑，要求把被控有罪的人与已判有罪的人分隔开，少年犯和成年犯隔离开。美国宪法曾被解释为禁止取消某人的美国国籍，但没要求保证人人有美国国籍或其它什么国籍；《世界人权宣言》则前进一步，宣布人人有权享有国籍。

另外，《公民权利和政治权利国际公约》要求国家禁止鼓吹战争的宣传，禁止任何构成煽动歧视、敌视、暴力的鼓吹民族、社会或宗教仇恨的主张。而美国宪法没有这种禁止性规定，除了对宪法禁止的行为的煽动性宣传。美国宪法禁止当局在和平时期驻军于民房，国际人权文件中倒无相应表述。

美国宪法权利和国际人权还有其它一些不同之处。美国宪法所规定的权利，要在美国是一个“自由国家”这个更大的观念中去理解。个人主义历来就是美国社会的标志，它或许跟我们广大的疆域和辽远的边疆有关。在自由国家，自治权、自由权、财产权是无需证明的公理，企业自由、最小政府、经济事务和其它事务中的实质性的自由放任亦如是。作为自由国家，美国不同于福利国家，也反对任何为了增进大多数人的权利和福利而允许对少数人的权利加以限制的功利主义思想。

另一方面，国际人权文件是为了一般国家能接受而设计的。而多数国家既没有个人主义传统，也不看重个人主义。它们不信奉自由国家，却奉行福利国家；不信奉最小政府，而奉行积极的、有效的最大政府。因此，承认自由权和豁免权是人权，也只是对政府的少量限制。因而，不可避免地会出现，国际文件和美国宪法承认同一项权利，即便用相同的字眼，其内涵、范围、意义在美国宪法和另一个根据国际规范行事的国家之间也可能大异其趣。

一个与此相联系的美国和国际人权观念和人权范围上的不同，渊源于美国人对权利的最初的哲学理解。美国政治社会被设想成一个社会契约——假设人民同意组成一个政府，并就这个政府的类型和管理它的条件达成一致意见。这一契约，只有最后一部分表现在美国宪法和宪法哲学中。除了那个废除奴隶制的修正案，宪法只保护个人权利不受政府和国家行为的侵犯，对私人之间的权利则未置一词。而国家行为的概念，也得在美国是一个自由国家这种背景中来理解。对国家的限制与此概念相合，对私人的限制则与此相悖。因为，一个人不受他或她邻人打扰的任何权利都是对邻人某种权利的限制。

除开提请特定的州做一些事以外，有必要找到其它根据——主要是国会

管理州际贸易的权利——来支持国会有权禁止私人侵犯他人权利，比如私人的种族歧视和宗教歧视。宪法并没有要求国会和各州通过这样的立法，而《公民权利和政治权利国际公约》却要求各国不但要尊重权利，还要保障权利。这样一个成员国看来就有义务保护某人的生命、自由及财产、名誉、荣誉不受其邻人的侵犯。

有一点——很遗憾——国际人权文件没学习美国的榜样。美国宪法不能悬置不用。权利（及救济）也不得中止，尽管在某些情况下，根据我们的宪法哲学，权衡个人权利与公共利益时，处于危急中的公共需要会占优势。根据宪法，只有在叛乱和外敌入侵的情况下，只有公共安全需要时，只有人身保护令状的特权才能被中止，也只有国会才能中止它。与此对照，《公民权利和政治权利国际公约》规定，“在公共紧急事件威胁到国家的生命时”，国家可采取措施削减其尊重多数（不是全部）权利的义务，“但削减的程度以紧急情势所严格要求者为限。”

然而，国际人权法案和美国人权法案之间的最大不同还在于在国际人权用语中被称为经济权利和社会权利的那些东西。《世界人权宣言》和《经济、社会、文化权利国际公约》暗示，只有福利国家才是尊重人权的国家。这些文件要求国家承认所有人都有社会保障权，工作权和同工同酬权，休闲权，达到适当的生活标准的权利，包括食物、衣着、住房和保健，以及受教育权。公约要求各缔约国在资源许可的最大范围内渐次地实现这些权利。

其实，公民—政治权利和经济—社会权利并不是那么截然分开的。比如，工作的权利和加入工会的权利就包括在《经济、社会、文化权利国际公约》中。而在美国，根据宪法，加入工会的权利则作为结社自由的一个方面而受到保护，寻找工作和选择工作的权利则是宪法自由的一部分。另外，在美国，如果政府打算提供经济和社会福利，它不能在区别对待的基础上提供，因为这会违背法律的平等保护；由于有人建议政府给一部分人提供福利，结果给予平等保护的需要常使人人受益。不过，总体说来，经济权利和社会权利在美国还不是宪法权利。美国宪法仍然反映着对有限政府的承诺，仍然信奉“管得最少的政府就是管得最好的政府。”宪法只告诉政府不要做什么，而没有赋予它做什么的义务。国际人权思想要求国家把自己组织起来，把自己的资源组织起来，以保证那些别无满足途径的居民的基本生活需要，而美国并无吃、住、保健、教育等基本生活需要方面的宪法权利，也没有提供它们的宪法义务。而美国事实上是一个福利国家，但不是通过宪法强制实现的，而实际是在种种借联邦制、契约自由、实质性正当程序名义引发的巨大宪法障碍的情况下实现的。我们美国是福利国家，但仅仅受政治的和财政的约束，仅仅受制于那些互相竞争的需要和价值。

国际人权文件有民族自决权内容。美国宪法中没有这种权利。虽然自决权经常追溯到《独立宣言》，然其原则迥异。《独立宣言》宣告的自决是非殖民化的基础，不是民族主义的基础。各州均有自己的宪法，美国宪法只是一联邦文件，而非民族主义的章程。非殖民化是美国留下来的遗产，但不是美国一贯的政策，过去几十年已说明了这一点。

众所周知，观念的影响最难骥索。美国人自信曾影响了这个世界，确实，在某些方面，美国的影响可谓板上钉钉，毋庸置疑。《世界人权宣言》和国际公约中的用语，很清楚是直接地或通过中介，从美国宪法或最高法院的报

告中借来的。正在生根发芽的国际人权法哲学，尤以欧洲和美洲的人权委员会及人权法院为著，都曾直接地或通过其它渠道，直接了当地引用美国法理，或带有美国法理的明显痕迹。人权委员会和消除种族歧视委员会的委员，受了美国宪法哲学的影响，有时也明确提及美国宪法哲学。

还有一种不同的影响也可归因于美国宪法。美国宪法授权国会可以为‘ 普遍福利 ” 开支，而普遍福利的含义已宽泛到把对国外人权的关注也包括了进来。国会运用这一权力给付援助、管理对外贸易、限制商务、拒绝外援以推进人权，对那些一贯粗暴侵犯国际公认之人权的政府，则予以拒绝。

国际人权对美国宪法权利的影响只能是晚近的现象，相对于美国对国际人权的影响小多了，并且不大可能被承认。美国人在一定程度上不怎么情愿接纳这种影响：我们应受外来思想统治让我们不舒服。我相信，美国未能加入国际人权条约，这是原因之一。一种使缔结的条约成为国内法一部分的法哲学，对那些可能改变国内法（在那些被认为是自家事务的方面）的条约——外国文件——尤为拒斥。我们民族性格和历史中的 “ 孤立主义 ” 或 “ 单边主义 ” 特征，抵制一切（除了最传统形式的）国际性 “ 纠缠 ” ，这个特征在参议院表现得尤为强烈，而参议院，它的同意是美国加入人权条约所必经的。不过，很显然，美国对外界的影响也不是无动于衷。1945 年来美国宪法哲学的发展无疑回应了美国的国内生活，但美国同时也生活在一个更大的世界中。尽管无法证明，但要否认还得有点勇气——Brown v.Board of Education 就是对这个睽睽众目的世界的一个回应。其它判决，或是判种族歧视为非法的，或最低是支持国会有权对之攻击的，都反映了一种不可遏止的时代精神——种族歧视是可诅咒的。死刑在欧洲被定为非法，国际公约也劝阻这么做，这不能不影响到美国对有关宪法信条的解释，尽管美国的法理学朝那个方面走了几步之后就停止了，甚或还倒退了呢。

不过话说回来，也不是一点影响都没接纳。早在 1948 年，美国最高法院的四名法官就引用《联合国宪章》，支持宣布有种族歧视性质的反外国人法律在宪法上无效。最高法院的法官们还把《联合国宪章》的人权条款、《世界人权宣言》及国际公约、《联合国囚犯待遇最低标准规则》和《执法官员行为法典草案》作为解释和适用法律的平等保护、法律正当程序及反对酷刑和非常刑等宪法要求的指导。努力确定美国法中极为神圣的隐私权领域的法院，也纷纷参考了欧洲人权法院的法理，适用了《欧洲人权公约》。国际人权文件对一些美国宪法没有规定的权利作了明确规定，这为那些美国以外的法院和委员会发展的宪法哲学提供了原料。

国际人权对美国的影响与日俱增。虽然说得这么露骨不合时宜，但宪法权利总归是自然权利，追根溯源起来，其思想还是从欧洲来的——如果其源头不是更普遍的话。美国最高法院不得不自称是在解释 “ 自由 ” 或 “ 法律的正当程序 ” 这样的术语，但这掩盖不了这样一个事实：它一直在尝试着把“ 自然权利 ” 与杰斐逊所说的 “ 造物主赋予 ” 我们的那些权利等同起来。在早期的实质性正当程序判例中，一直至现今的判例中，法院都率直地、甚至自豪地诉诸 “ 人类的良知 ” ，以确定警察行为是否剥夺了某个受害者的法律正当程序。而那些害怕法官随心所欲胡来的人，若晓得法官们对自然权利和人类良知的理解，是由国际文件所谕示，而这些文件又得到世界各国政治代表的认可，他们也许会稍稍安心些。如果每次法院引用 “ 自由 ” 作为支持某一特定权利的基础时，这权利都不仅仅是五个或更多点的法官认可的，而且还是

作为普遍标准看待的，我们的信心就更强了。

多年来，美国法理学一直致力于发展一个更为新颖精致的平等保护概念。当分类有嫌疑时，或区分侵犯某些基本权利时，法院会使用不同的审查标准对之进行审查，而在这种情况下，政府行为只有服务于特别重大的公共利益时才能被准许。除了种族上的分类，还有哪些分类有嫌疑？这个问题使最高法院发生了令人绝望的分裂。而其它变量，最高法院甚至还没着手提炼，更不要说提出一个各种公共利益的权重表（a table of weights for various publicinterests），以确定它们到底有多重大了。对哪些区分应作更严格审查？哪些权利是基本的？哪些国家利益才称得上重大？紧急情况到什么程度侵犯人权就可以不算违法？对这些问题，我们能在国际的经验和良心中获得某些指导吗？

国际上对美国人权思想的详尽阐述已包含了一些解决困扰我国法理的问题的办法。例如，在长达半个多世纪的时间里，我们坚持认为美国宪法不能在美国之外适用，因此对美国官员在外国甚至蹂躏美国公民的行径也没提供任何保护措施。这个教条现在已被抛弃了。但是，仍然没有充分认识到的是，美国无论在何地行动，美国宪法都对之适用，而法院对这种主张则唯恐避之不及，经常宣布这些问题是政治问题，不应由法院来审理。然而根据国际人权法，一个国家必须尊重并保障所有在其管辖下的人的人权，不管这个国家是在其领域内还是在其它地方行使对他们的管辖权。

还有一处，国际人权也尽可从——而且应该——对美国的宪法哲学有所指教。一百年前，排华案（这名字就够叫人难为情的）主张——或被解释为是主张——移民法不受宪法约束。据信这意味着国会可以在移民法中以种族或宗教为由区别对待，而国会也真的这么做了，做了几十年，——根据国籍分配移民配额。这种法哲学还被用来支持海上阻拦计划，其中包括抓获从其它国家逃来的人并将他们强行遣返。还有人主张这意味着对那些曾安居美国、暂时离开并保证回来的人，美国都可以拒绝其再次入境。一些下级法院甚至认为，那些虽置身美国但从未被合法接纳的外国人，可以根据其种族而处以与其它境况类似的外国人不同的待遇，还可以无限期拘禁而不受宪法约束。最高法院最近期（三十年前）的裁定说，合法地、和平地居住在美国的外国人，都可以因任何理由或不用任何理由而被驱逐出境，甚至可以国宪法上不构成判罪和刑罚基础的理由而驱逐出境。

美国最高法院最近有机会重新审查那种法理的某些方面，但是只有两个持异议意见的法官抓住了这机会。无疑，是到放弃那种教条的时候了。那种法理的基础——如果它还称得上是法理的话——长期以来一直名誉不佳。国际人权法哲学定然反对之。国家要尊重和保障所有在其管辖下的人的人权，而不管他们是如何成为其管辖对象、也不管美国官方行为是如何碰巧地侵犯他们的权利。在有关移民或驱逐的事务中，也不应当有尊重人权的例外。美国可以不让别人进入自己的国家，但不应当随意处置他们的生命和自由，任意拘禁他们，以令人反感的理由歧视他们。对于合法地、和平地生活在美国但没有选择成为美国公民的人，美国也不应当驱逐他出境。

在美国宪法中，很难找全《世界人权宣言》所规定的经济权利和社会权利。当然，这些权利可以通过修正案写进宪法，但是我们的宪法修正起来太难了，努力要达到这种效果，可能会引起剧烈的分裂，并且很可能不能成功。（有人提议说，哥伦比亚特区的一个宪法草案包含这种权利，而这取消了它

被给予州的资格的可能性。）有时候人们说，这种权利和现时间宪法保护的、我们所熟悉的自由和其它“消极权利”不同，或者经济权利和社会权利不能由我们喜欢的救济手段——司法审查来贯彻，这些理由都未必对，或未必扯得上。然而，把我们的福利计划“宪法化”也未必能成什么大事。国际人权思想并不要求给予这些权利宪法地位，只是说要承认和尊重它们。全世界（包括美国）已认识到，满足基本需要亦是人权之一，对于那些无力满足这些需要的人，社会（通过政府）来帮助他。倘若我们不把这作为宪法权利，我们还是可以通过国际协议肯定我们的承诺。至少，退一万步说，国际文件既肯定满足人的基本需要是基本人权，我们便可因此承认这种基本性——只要我们的法理需要这样的判决，比如在平等保护分析中。这样，福利权利已被全世界公认为一项基本权利，在编制预算时便定然会进入我们的政治生活。

我们有很多理由庆祝美国宪法，特别是因为它是我们权利的保护神；我们也有理由为我们发展起来的人权哲学感到骄傲，为它把人权的思想带到世界各个角落的巨大影响而感到自豪。其它地方的人们接受了我们的思想，并对它进行界定、提炼、扩大和补充。我们也应当为我们在这个过程中所起的作用感到自豪。我们无需抵制这些经过提炼的思想，认为它们是外来的；相反，我们应当把它们作为我们自己的东西加以欢迎。对于我，这意味着我们应当尽快追随国际人权文件，并以我们自己的思想的精义（这正是国际文件的来源）帮助其发展。我们将期待着国际文件能更新我们的人权思想，并提高、扩大它带给我们的福祉。

后 记

阿尔伯特·J.罗森塔尔

二百岁的美国宪法丝毫没有显示出任何衰老的迹象。它的青春和活力不仅表现在它在国内的成长与发展上，而且表现在其对它国不断增强的影响上。从一开始，美国——它的自治与自由原则、它的政治制度、它的联邦结构以及把这些结合到一起的宪法——就引起广泛的关注与兴趣。美国成了宪政的缩影：以一部成文宪法建立了一个以个人的重要性为前提的、权力有限的政府，并列出了一些受司法审查保障的不为政府所侵扰的权利。

美国宪政并不是一降生就发育成熟了。由《人权法案》所提出的自由有待于实现。《独立宣言》所允诺的平等起初只给予白种男人，甚至对他们来说这种平等也不完全。福利国家远未出现在制宪元勋们思想中；在自由概念与实现社会、经济改革目标之间存在一种紧张关系，而宪法实际上使福利国家的到来延缓了一些时日。宪法的变迁扩大了自由、平等以及对下层人民的关怀，其后果并不局限于国内；这增加了美国宪法对其他许多国家的吸引力，并使得它们加以仿效。当人们把美国宪政看作一种能使社会变得更加自由、公平的制度时，一般说来，他们就更有可能效法它：不仅是在实质性条款方面，而且包括通过司法审查来实施。

因此，尽管其它地方的观察者从一开始就被美国宪法给迷住了，其实际影响直到较晚的时期还是比较弱的。即便是在五十年前，为纪念宪法诞生一百五十周年而出的一些与本文集内容相似的论文中，美国宪法之域外影响的证据也显得并不充分。虽然从经济实力和军事力量上考虑，预言这是一个“美国的世纪”未见得可取，但若就美国宪政观念的广泛传播而论，这样说也未尝不可。

在这一变化中，除了美国宪政的演进之外，美国宪法对他国之影响还涉及一些因素。特别是随着第二次世界大战的结束，美国作为一个代表自由与自治并在击败威权主义和种族主义统治的斗争中起到巨大作用的国家形象，使其宪法在许多人眼中光芒倍增。这种进展发生在一个特别幸运的时代，新起草出来的宪法以史无前例的数量呈现在人们面前——它们中有的出现在新近取得独立的前殖民地，有的则出现在从专制统治下获得解放的老国家。这些宪法有的是土生土长的，有的是由侵占者强加的。美国宪政的观念、原则甚至常常包括语汇在每一块大陆上都被一个又一个国家所接受，这一点也不足为怪。

美国宪法能够以不同的形式并通过不同的渠道来施展其影响力。最明显的是其它宪法对其实际语言的引用，或至少是运用了体现其精神的意译，特别是列举受保护的人权。还有就是美国最高法院裁决对他国宪法原则之形成所起的影响，尽管由于司法实践中并无详细的法官意见，也不引用判例（许多民法法系国家尤为如此），这种影响有时难以见诸文字。

这种影响也可能是美国政府精心策划的结果，例如为菲律宾独立所做的准备工作和对日本及（在某种程度上还有）西德进行的军事占领。还可能是非正式的、微妙的，例如，通过美国与欧洲各国之间互派教师和学生以及美国律师和法律专业学生参加海外法律公益服务机构。即便没有人员的流动，

日益便利的世界通讯、出版物的国际发行、甚或英语的日益普及，都起到一定的作用。

有些时候，外国宪政原则并非美国观念的后裔，而是它的表兄弟——它们都来源于同样的祖先：《独立宣言》，1787 年以前的各州宪法，或是英国、法国及欧陆其他国家的学术著作。有时，影响是通过其它一些文件和制度间接发生的；早至 1789 年的法国《人与公民权利宣言》，迟至二战以后有关人权的国际公约和宣言。而且，影响也不是单向的。对共同基本价值的分享及其在多国法律文件中的表述，无疑促进着自由和平等在美国的巩固。

个人权利

从任何宪法价值的角度上看都特别重要的，同时也为本书所强调的，是保护那些被认为是文明社会所必备的人权。这些权利包括：自治；表达及信仰自由；民事、特别是刑事案件审判中的公平程序。在几乎每一个社会中，我们都可以看到为获得这些权利而进行的斗争，以及为保护它们既不受独裁者也不受民主多数的贬损而作的努力。即使未曾受到美国宪政学说的影响，也可能看到许多国家保护这些权利。不过，有充足的证据表明：美国宪政，尤其是由最高法院在过去五十来年中发展起来的对个人权利的保护，独自或作为时代精神（Zeitgeist）之发展中的一个主要因素，在对这些权利的表达及构筑权利保护的保垒中起到了重大作用。

美国人不再漠视其他国家对基本权利的否定。除了对人类同胞的关心之外，美国人所受到过的扩张主义独裁专制之威胁也使他们感到其他地方缺乏自由也会给自己带来危险。但是，尽管美国人憧憬着一个更多国家接受像美国那样的宪法原则的世界，他们也认识到从某些方面讲他们的宪法是“不宜出口”的。各国之间文化的、政治的以及历史的差异使得一个国家的宪法在另一国家的环境中不一定能够茁壮成长。即使是在充分尊重言论自由的国家之间，在关于颠覆性言论、诽谤和色情文字的保护上也存在明显差异。而且，在其他社会中，不论它多么强调世俗性和人人平等，也难以找到像美国宪法宗教条款所划定的那种界限。与此相类，美国刑事诉讼程序的宪法化程度也无疑是独此一家。这并不是说美国宪法中同人权有关的条款对其他国家没有影响——只是这种影响没有达到使别人盲目模仿的程度。

平 等

尽管有《独立宣言》中的豪言壮语，在 1776 年、1787 年甚至更晚之后，美国仍很难算是一个恪守平等原则的国家。奴隶制为宪法所认可并在 Dred Scott 案中得到强调。只是通过内战才结束了奴隶制并制定了宪法修正案，而这一修正案最终成为努力消除种族歧视并根除国民生活中奴隶制影响的基础，但这一工作尚未完成。在其他一些方面，美国更近于实现了平等。宗教歧视（至少是来自于政府的）几乎从一开始就遭到禁止。宪法采纳时常见的投票的财产资格限制，已逐渐消失，但由于贫困的事实上的歧视只是部分消除了。

当宪法刚通过时，以及此后很长时间里，性别歧视几乎被视为理所当然；这种情况持续了很长一段时间。随着关于妇女地位的社会观念之变化，第一

次宪法上的反应出现于 1920 年,那一年通过了一项禁止选举权中的性别歧视的修正案。到 1970 年，最高法院才首次适用平等保护条款来废除其他种种对妇女的不平等待遇，不过从那时起进步很迅速。这样，妇女地位的巨大变化就同美国宪政交织在一起，尽管其中很大一部分是通过新的立法获得的。其他国家饶有兴味地观察到了这种发展，与此同时，反对性别歧视运动已汇集成一股席卷世界的潮流。

简而言之，既使美国在开始时很难说是一个平等的国度，但在近些年，它至少已被看作一个认真检讨自己过去的歧视史并趋向于平等的国家。这一过程，而不是它所达到的平等程度，已成为引起其它国家注意的模式。那些试图改变自身的歧视传统的国家（如印度），在起草它们自己的宪法并在法院解释宪法的裁决中，都大量借鉴了美国宪政经验。而且其中的一些国家（最为突出的还是印度）已经超越了美国模式，其宪法明确授权采取主动的行动来加速消除过去歧视的残余。

联邦制

与美国宪法对人权的保护不同，我们的联邦制没有很强的哲学基础，而是反映了一种实用主义的妥协，如果没有这种妥协，合众国可能永远也建立不起来。不过，1789 年时在世界上还几乎是独一无二的民主的联邦制，在此后的两个世纪中一直有广泛的影响，一个又一个国家向联邦制结构迈进，当然其原因与费城妥协的起因大不相同。有时，联邦制得到赞同是因为它被视为对人权多提供一层保护的办法；以此免除中央政府（人们害怕它会变得过于强大）的侵害，这也正是美国采用它的部分原因。有时，它被设计来保护不同的地方利益——语言的、宗教的、文化的、经济的；确实，如果不是这样，要建立联邦就不可能。还有些时候，采用联邦制可能是因为人们认识到长距离通讯和交通上的不便和迟延会影响中央政府的效率。

美国联邦制在许多国家对提议的联邦结构进行讨论及其最终被采纳的过程中扮演了一个重要的角色，在德国和瑞士可能尤为如此。有时，情况恰恰相反：它的影响可能是消极的，联邦制的反对者们指责我们的联邦制是导致内战的根源（如本世纪初期在南非）或认为它是 20 世纪 30 年代末使许多社会和经济改革被耽误的宪法性障碍。

最后，那些试图建立多邦结构的国家都知道同联邦制（尤其是美国的）进行类比；在它们建立多邦性机构（如个人和民族向其要求权利保护的法院，或其成员直接由人民而不是政府选择的立法机构）的问题上，美国的联邦制最终可能发挥更大的影响。

司法审查

美国宪政中最引人注目的恐怕是司法审查。的确，一些政府，例如英国，既无成文宪法，法院也无权宣告立法无效，仍然是民主的政府并保障基本人权。（但即使是英国也接受斯特拉斯堡欧洲人权法院的司法管辖，也有相当人数赞同由本国司法机关实行司法审查。）不过，列举权利并由司法保护的作法已被普遍认为是民主和自由的最重要防护，是美国宪政制度中最根本的一个部分，受到普遍尊重。虽然如此，国外都没有很快追随美国范例。法院

施行宪法性保障的职能引起海外的强烈关注。尽管种子已经播下（早在流产的德国 1849 年宪法中就已如此），二战结束之前罕有发芽、成长者。而且，即便采用司法审查的地方，其构造方式一般来说也与美国不同。

比起美国实施司法审查制度安排方式来说，司法审查的原理得到更广泛的仿效。对制定法和其它政府法令的合宪性进行审查是每一个美国法院的责任，它们在裁定直接受影响的当事人之间的争议的过程中来完成这项工作；而在其他许多国家，只有特设的宪法法院有此权力，其中有些只在立法或其他受质疑行为尚未生效前行使此项权能，有些只由行政机关、立法机构提起，或由普通法院分派。

这并不是说美国司法审查制度毫无影响——只是在许多国家，特别是那些有着不同法律和司法体系的国家，它表现出一种不同的方式。

美国宪法中的其它两个内容对有效的司法审查来说是必不可少的：独立的法官和困难的修宪程序。美国的联邦法官终身任期制并非司法独立的绝对保障或必要条件，但它的确有助于实现这一目的；那些认真采用司法审查制度的国家已经采纳了这种规则，或是采取了类似的保障措施。同样，如果修宪十分容易，例如通过立法机构的简单活动就可以为之，司法审查也会变得毫无价值；其它一些国家也设计出了各种各样的制度来巩固对基本权利的司法保护，使它们不为独裁者的命令或流变之多数的兴致所摧毁。

正像美国曾就司法审查的反民主方面进行过学术论争一样，其它国家在考虑是否采纳它时也发生过同样的事情。在较早时期的德国和波兰，改革派赞同议会至上，害怕法院的干预。尤其是在二十世纪三十年代末的司法转型之前，一些外国观察者认为美国的司法审查已成为颁行迫切需要之社会立法的障碍，而且国内外都有评论者得出结论说：从净效果来看，司法审查为自由或平等提供的保障相当少，它更多地是去废除那些旨在推行社会或经济改革的立法。

特别是在面临贫富悬殊问题的发展中国家，对司法审查的批评主要集中于它用来保护财产权利。有一些国家，比如印度，虽然在草拟许多宪法条款时有意识地模仿了美国样本，但同时又听从于弗兰克福特大法官的劝告，避免了重蹈美国法院利用正当程序条款来宣布社会立法无效的老路。直到今天，菲律宾法院利用它们的正当程序和公平补偿条款来使紧迫的社会和经济改革落空之事仍反映出当年美国方式的影子。当然，也有来自另一面的攻击；德兰士瓦的克鲁格总统，一个南非荷兰人至上论的代言人，就曾把司法审查称作一项“魔鬼的原则”。对美国人来说，当他们得知南非政府的律师最近还兴高采烈地引用 Plssy v.Ferguson 案来支持种族隔离、引述 Haig v.Agee 案来支持其政府扣押图图主教护照之权力等事情，是不会感到欣慰的。看到我们在对人权进行宪法保护方面尚存的缺陷，自由的镇压者都感到很舒服，而自由的朋友们则十分沮丧。

不过，随着世界似乎正在向更加民主和更加尊重人权方向的迈进，可以看出美国直接或间接的影响在此过程中日渐明显。我们甚至有理由相信，在经过一段时期的威权统治之后，对政府的宪法限制又会在印度、菲律宾及某些欧洲和拉美国家得到至少是一部分的恢复，因为它们的宪法中都反映着美国的价值观。

美国的宪政今天已不再是独此一家。成文宪法几乎随处可见，其中许多保护着美国人认为最基本的那些价值。美国宪法确立的许多不为政府所废的

个人权利在其它国家也已得到确立。几乎每一个民主国家都已把平等作为一个公开宣布的目标，即便它还未成为一种既存现实；而司法审查在二战之后也为一个又一个的国家所采用。其中有的是有意追随美国范例的决策，并依据各自的历史、文化和制度差异作了多方面的修改。在另一些实例中，美国影响就不那么直接了，它是随着受美国宪政影响的日益增长的国际共识传播开来的；这种共识就是：个人必须得到尊重，自由和平等是基本的要求。

与保护基本自由有关的信息和观念在国际交流中正呈稳步增加之势。虽然本项研究的重心在于其它国家从美国引进宪法概念的情况，但“贸易”的均衡从来不是完全倒向一边的。正像传自美国的观念趋向于丰富了为其它对捍卫自由有所贡献的国家的思想一样，返回的思想也可能帮助美国朝向更加民主和更加尊重个人权利的方向迈进。

文献综述：美国宪政的域外影响

安杰伊·拉帕金斯基

引论

这篇文章将对有关美国宪政之域外影响的文献进行一番有选择的评论。从某种意义上说，它还有一些超出一般综述类作品的奢望：除了回顾现有的专业文献外，它还打算描绘出这种影响的大致轮廓，试图确定研究这一课题的基本概念框架，并指出这一领域的研究前景中所潜藏的丰硕果实。

我本来打算将所有涉及美国宪政之域外影响的著作都纳入讨论范围，但诸多因素却迫使我不得不有所取舍。首先，世界上大多数地方的人们都可以通过不同的形式感受到美国宪政的影响，因此本课题就过于宽泛。其次，也是一个更重要的因素，就是此类文献的性质。专门研究美国宪政之域外影响的著作只有几种；我不得不广种博收，收罗所有相关国家的与此有关的法律、历史及政治论著，而我这里所评述的作品中还有许多离题甚远者和重复甚多者。再次，美国宪政思想在世界某些地区的影响或者极其微弱、或研究严重不足，因此要对之进行探讨，就会远离文献评述，而变成对影响本身进行研究。为此，我不仅要对讨论的论著有所选择，还得挑选应纳入讨论的国家。最后，有些选择的因素无疑是非常偶然的：由于欠缺汉语和朝鲜语方面的知识，我不得不放弃关于这些国家的讨论；有关日本的情况，我也只有借助翻译过来的用西方语言文字表述的材料才能够有所了解。

此外，时间的因素还造成了另一类疏漏。由于美国宪法制定二百周年纪念日的到来，将我时至今日的研究成果即刻出版似乎比较明智，尽管我在美国宪法对西半球的影响及其对国际法和国际组织的作用方面的工作尚未完成。[1]（我打算日后再完成这些工作并发表这方面的研究成果）。

在文章的最后，我特意挑选了几个国家，详细论述美国宪政观念对它们的影响。选择这些特定国家的理由在下文中可以找到。[2]

影响的概念及其方法论问题

本文不打算处理所有有关美国宪法的比较性论著；它侧重于考察比较宪法学当中涉及美国宪政思想之影响的那些方面。围绕着这个目的，我把影响定义为对外国国家制度的形成、法律原则及法律理论的发展所起的因果性的作用。

“因果性的作用”将作很宽泛的理解。一项包罗万象的学术研究（实际上并不存在）理应对其包纳的研究对象作出分类表。法学研究，尤其是比较性的法学研究，大体上皆选取原则性的视角，无意于得出严肃的人类学及社会学研究的结论。当研究一种西方法律制度（或是一项特定的法律原则）如何为一个具有不同文化背景和历史传统的发展中国家所照搬时，情况固是如此；同样有趣（但更为复杂和难以把握）的问题是，当一个法律概念从英美法系国家移植到一个与之具有同源传统但其法律制度和社会、知识背景却迥然不同的大陆法系国家后，也发生重大的变异和扭曲。同历史学、社会学以及人类学的已有文献相比，法学文献中似乎缺少了点儿什么，那大概就是对

法律思想的跨政治、跨文化迁移的透彻研究。如果不研究特别像借鉴外国法律文化的诱因、对外来观念的理解和误解、外来观念对本地条件的可适应性、外来文化进入本国后的独立发展以及通用的交流方式（旅行、教育、新闻媒介、出版物等）与其影响力之间的关系之类的问题，我们就会对因果关系的程度、甚至有无因果关系的存在的问题作出错误评价。怎样才构成一种因果关系，这本身需要进一步的探讨。[3]

有待考察的“影响”的范围

谈到美国宪法的影响，我们必须弄清楚是哪些文本、权威和机构造成了这种影响，还必须明白这种影响的对象是什么。

影响的形式包括：

(1)美国宪法（包括 1787 年宪法和最高法院对之进行的解释）本身对其他国家宪法条文的影响。还有美国各州宪法，尤其是美利坚合众国早期的州宪法所产生的影响。

(2)由法院表述并由专家解释的美国制定法和司法规则在外国宪法条文的解说及有宪法基础的法律问题的解决方面起的影响。[4]

(3)美国法学理论对域外法律思想的影响。其中特别应当注意的是制宪元勋们的思想影响，还有此后的法学理论家（如斯托利、肯特、霍姆斯、庞德等人）的影响。

(4)最难以把握的是美国作为一个信奉民主政府和人权保障的‘宪政共和国”的大众形象所发挥的影响。我将列出专门研究这一课题的历史著作。

积极的影响和消极的影响

尽管要为“原因性的影响”设计一个分类表很困难，我们还是应当对不同类型影响的区分作一评述。

第一种区分是划分积极的影响和消极的影响。所谓积极的影响，是指接受或改造某个完全或部分以美国原型为模式的法律概念、法律原则或制度，在此过程中，负责者们了解美国先例而且这种了解对决策者们的决定起到了一定的作用。这样的例子有：澳大利亚采纳美国式的联邦制；或是美国宪法第一修正案中的原则对以色列言论自由学说的影响（有关情况将在后面各节中详述）。所谓消极影响，指的是这样一种过程：在了解和思考美国模式之后，人们最终拒绝了它；或是人们用他们认为不可欲的美国的经验来反对追随美国先例。属于此类的例子有：印度决定不在宪法中纳入一条正当程序条款，以及法国在二十世纪上半叶把司法审查描述为一项反动的美国制度而防止在本国建立类似制度（详情见后）

跨文化法律移植的各种类型

在不同的国家，人们以不同的方式感受到美国的宪政理念。每种方式都有其独特的内在驱动力，须得我们分别加以考察。

美国宪法与欧洲各国宪法的互动作用

美国宪法的影响达到欧洲，但这种影响并非单向。例如，美国宪政理念已重游法国，但其中许多都是制宪元勋们从法国启蒙思想家们那里请到美国的思想的变形。况且，欧洲思想对美国宪政发展的影响也并未随着美国宪法的制定而消失。通过私人交往（肇始于本杰明·富兰克林和托马斯·杰弗逊就任美国驻法代表时）、移民、政治参与以及学术交流等方式，交流的渠道仍然畅通（尽管有时不能尽如人意）。

互动作用的事实使得“美国影响”的含义变得十分复杂，并且使对单向考察的侧重（这在此类论著中是可以理解的）显得有误导之虞。欧洲大陆的文化积淀极为丰厚，也难以认可简单照搬外国成例。继受外来文化往往有所选择，传来的观念总是在欧洲本土的知识和制度背景中重新熔铸（司法审查制度在欧洲的演变史就是一个绝好的例子）。有些学者进一步指出：那些看似舶来品的观念和制度，其实至少部分源于本土（又可以司法审查制为例）。[5]

许多欧洲国家值得作研究，特别是荷兰、瑞士、斯堪的那维亚半岛国家及东欧一些国家，但我只能把自己的讨论限定在最重要的范例上，那就是法国和德国。

由于美国干预而生的影响

美国并不是一个殖民帝国，但由于军事征服，有好几个国家都曾或长或短为美军占领，而美国撤军的条件之一就是在美方的监督下对当地进行制度改革。第一个例子是菲律宾，作为美西战争的后果于 1898 年由西班牙割让给美国。这次占领持续的时间最长（不算夏威夷和波多黎各这两个特例），直到 1946 年才结束。第二次世界大战后美军对日本和德国部分地区的占领是美国直接影响的另一个重要实例。对于这种影响方式，我的论述限定在这三个例子上，但还有其他一些国家也曾处于美国的军事控制或政治保护下：古巴在美西战争后被美国占领；奥地利的部分地区在 1945—1955 年期间处于美军占领之下；南韩和南越虽然未被正式占领，但也曾处于美国军事的广泛控制之下；越战期间，美军还占领了柬埔寨。在约翰逊当政时期，美国曾侵占了多米尼加共和国；里根政府时期，美军又侵略了格林纳达。

由于美国直接介入大多数被占领国事务的方式与通常的殖民开发方式不同（即便是菲律宾这一实例，也迥异于欧洲殖民模式）。通过对美国影响的研究，可以丰富我们在法律移植的动力问题、权力与改变社会深层结构的能力之间的关系问题、以及法律控制形式对权力结构的意义问题等诸多方面的识见。遗憾的是现有的研究成果缺乏完整性和全面性。

美国对其他普通法国家的示范作用

美国的法律原则经常渗透到英国的司法系统之中，但后者的宪法秩序却对来自美国的影响非常排斥。不过，对于那些曾是大英帝国之一员而取得独立后不得不构筑自己的制度的普通国家，美国一直是一个经验宝库。

美国宪法是一个法律文件。它不仅陈述了美利坚合众国的追求，建立了美国的政治体制结构，还清楚地表述了一整套渗透于美国法律之中的规范。由于这个缘故，美国宪法同它所降生的法律文化环境之间的联结较其他宪法更为紧密。因此，这一点并不足为怪：决定美国宪政思想能否移植成功的首要因素是接受能否把抽象的宪法公式同化进本国法律体系中。正因为这样，

美国宪法的许多特点在属于普通法系的印度才比法国和德国更容易扎根，尽管印度的文化和经济发展水平与美国有巨大差异，而法、德在这些方面却与美国更为近似。

属于这一类别的国家全都有普通法，但它们之间仍有显著区别，大体而言，这些国家可以分成三个亚类型。

第一组普通法国家是经济发达的英语国家，主要是加拿大和澳大利亚。我选择后者作为代表。[6]

有几个显著的特性决定了这几个国家接受美国观念影响的独特形式。与大英帝国在亚洲和非洲的领地不同，英国对这些地方的殖民化依赖于殖民，而不是仅仅坐镇于大城市进行行政上的管理。因此，这些地方的人口大多是操英语的欧洲移民，与美国的主流相似。其次，这些地方的经济发展模式也与美国近似，并且都有长期的自治传统。这些因素以及共同的普通法传统都使得它们很容易理解和吸收许多美国思想。另一方面，与美国情况的显著差异又使得它们的吸收带有很大的选择。同美国相比，这些国家脱离大英帝国的时间较晚（事实上，它们在各方面至今仍未完全脱离），也没有革命的特点。威斯敏斯特模式在这些国家根深蒂固，并且从未受到重大质疑。在建构它们的中央政府方面，美国的影响薄弱；但在缺乏英国先例的领域（首先是在国家的联邦性质方面）或人们感到英国先例不如美国先例时（首先是在个人权利和司法审查方面），却更强感受到美国的影响在美国影响表现明显的地方，同其他国家相比，这里又更少重大变化。

第二组普通法国家是一些曾经处于英国控制之下的亚洲国家。如果认真研究一下美国宪法对它们的影响，成果必定是很丰硕的。其中一些国家（特别是被我选作典型的印度）是跨文化法律移植的有趣例证，并且为需要复杂的交叉社会科学手段的未来研究提供了一块用武之地。在这里，由于决定和影响异质文化同化的因素很多，但这些因素又常常被法学文献所忽略，因此要确定因果性影响就变得十分复杂，并且问题重重。与上一组国家的情况类似，这些新兴的亚洲国家在政治（威斯敏斯特模式）和法律（普通法）两方面都打上了英国式样的烙印。不同于加拿大和澳大利亚的是，它们经过激烈的斗争才摆脱了英国的束缚，因此对英国模式中的许多要素都持强烈的拒斥态度。美国被看作一个通过革命从英国手中获得独立的国家，它在国内和国际事务中的成功表现也使之成为一个值得仿效的对象。因此，这些亚洲国家也许最愿意向美国看齐。另一方面，这些国家又拥有与美国传统截然不同的强盛的本土文化，这种文化在独立之后又鲜明呈现出来。经济和教育体系方面的原因限制了某些美国办法的可行性，第三世界和第一世界（以美国为代表）的分野又造成了一种无助于引进美国思想的误解氛围。美国对这些国家（首先是印度）的影响无疑是广泛而又直接的（特别是在司法领域），但这种影响却伴随着令人惊异的变形。

第三组国家是一些讲英语的非洲国家。概述亚洲国家之特性的某些因素在这里同样发挥着作用，但英国模式（尤其是政府的民主形态）在这里的影响却小得多。因此，美国宪法的影响立时就显得广泛而又浮于表面。政治学家和人类学家可以比其他人更清楚这些带有形式化或装饰性色彩的美国式宪政观念的适用能在多大程度上渗入此类社会的政治、经济秩序中。无论如何，关于美国宪法对此类国家之影响的论著的确太少了，无法保障我们进行进一步的探讨。本文只涉及这一组国家中的一个典型——尼日利亚。

这里还有一个特例——以色列，美国宪法对它的影响相当大并值得特别一提。考虑到它大体上属于普通法传统，我们将其归入此类，但它也与某些欧洲大陆国家有相似之处。

最后，我还要提到两种重要的类型，但由于时间的限制，这一研究并未纳入它们。

美国对拉丁美洲国家的影响

美国宪法在拉丁美洲的影响有着广阔的研究天地，但这种影响广泛有余而深刻不足。西半球的西班牙语国家大多都有成文宪法，这些宪法中的大部分都曾或多或少地受到美国范例的积极或消极影响。不同的政治背景加上对美国帝国主义政策的反感，决定了其中大多数国家对美国法律的移植流于表面，但是，从南美独立之日起，对美国的借鉴就已是如此广泛，以至于在这一半球的法律和政治图景中留下了擦拭不去的美国痕迹。日复一日，许多来自美国的概念，如联邦制、总统制、司法审查等，都已在这里复制，但即使未在实践中被抛在脑后，也总是结出了难辨其原型的果实。总之，这些进口的美国货对拉丁美洲来说已成为一种莫名其妙的赐福，在这里，它未能像在美国那样成功地防止极权政治的出现。美国宪法思想移植的有限可能性是美国宪法在拉美的影响的一个主要教训。

美国宪法对国际法和国际组织的影响

美国对国际组织的形成过程一直很重要，并在其身上留下了自己的宪政理想的重要印记。这些影响分两类：一是美国的联邦主义思想对超国家组织的出现起到了理想的预示，这体现在国际联盟和联合国的抱负中；二是美国关于个人权利的观念在诸多国际人权文件（尤其是《世界人权宣言》）中的影响。由于美国的社会和经济秩序有宪法作后盾，美国观念对战后国际经济、社会秩序的影响作用（建立在私人经济行为基础上的自由贸易；反对对矿产资源和新闻信息流量进行集中控制等）似也可以列在美国宪法之影响的题目之下。

美国宪政观念对欧洲经济共同体的影响是一个值得研究的特殊例子，既在它的组织结构中，也在它用司法审查的形式来保护人权的作法中。

在所有这些领域，宪政观念的影响力都过多为其它一些问题所掩盖了，如政治干预的特殊问题、国际协议的不定形状态、装点性与实质性应用之间的不协调，以及汇集在一个事业中的各种常常难以分离的影响。初步的研究显示出对美国值得注目的贡献所作的法学研究还是十分欠缺的。

这项研究的结构安排

大多数有关美国宪政之影响的研究都把目光集于美国观念在单个国家的作用，而且，许多影响都被描述得过于宽泛而又难以把握，以致于无法把它们归入一些简单明了的标题（如“正当程序”或“第一修正案”）之下。因此，虽然抽象看来，围绕着一些特定的宪法原则或条款来编排本研究似乎更合适，我们还是无从选择地按照地理分界来安排本文的结构。这些国家已经按上文提出的分类各归其位，分别论述。关于德国的论述没有连续进行，因为它跨越了一个以上的类型。

一般性的著作

由于这一课题的广度以及涉及美国宪法影响的某些特别领域的好作品又很稀缺，因此，人们不会奇怪一般性的研究成果为何如此之少。这个任务也许太让人望而却步而又使人捉摸不定。不过，还是有几部高质量的著作值得一提。

最切题的一部一般性著作是卡尔·J·弗里德利希的《美国宪政之域外影响》（1967）[7]。这部精巧的小书不曾试图涉及本专题内的各个领域，而是分门别类地论及了产生影响的几项主要内容（总统制、联邦制、人权、司法审查），举出这些影响在世界上的体现，并且不太令人满意地描绘思想交流的主要渠道。文献评注中遗漏了一些最中肯的资料，但它们仍然非常有用。

里查德·B·摩里斯的《新兴国家与美国革命》（1970）是一部研究美国理想在世界范围的影响的雄心勃勃的著作。摩里斯宣称：美国经验已经并且正在为全世界的新兴国家提供一种模型。[8]不同于弗里德利希的是，他不是按照影响的主题而是依据地理区划来列标题的，他的论述更为全面。此书的脚注囊括了众多的历史材料。

在 1976 年，美国建国二百周年之际，出版了一部由 R·L·帕克编辑的《美国政治学与社会科学学会年刊》专辑，标题是《美国革命在国外》。书中收集了十篇论文（质量参差不齐），内容涉及美国宪法影响的多个方面，其中有一些有用的概要和一些有趣的事例。令人感到失望的是，这部集子的大部分作者都没有向读者指出其研究领域中的许多特殊资料。

《反思宪法》是一部比较老的集子，为纪念美国宪法诞生一百五十周年而作，包括十篇论文。全书的主题是“宪法在美国之外引起的反响”。[9]

R·R·帕尔默的《民主革命的时代》（1959，1964）尽管在论述范围上有所局限，仍不失为一部品质不凡的作品。它非常细致地考察了 1760 至 1800 年间欧洲和美国的革命运动。[10]美国观念的影响在全书中都有所论及，第一卷第七章（题为“欧洲与美国革命”）则尤为重要。帕尔默谈到了这一时期有关美国的一些最重要的著作，也论述了富兰克林、杰弗逊和约翰·亚当斯旅居欧洲期间的个人影响。特别值得一提的是，他不仅关注美利坚合众国宪法的影响，还阐述了美国各州宪法的影响。[11]

侧重于研究美国宪法的一些特定条款（如第一修正案，正当程序，或刑事被告的权利）之普遍影响的作品明显极为匮乏。[12]即便是关于司法审查制度，可以找到的有关论著也多是比较性的，少有注重研究影响者。唐纳德·P·科默斯的论文“司法审查：它在国外的影响”是一个引人注目的例外。此文见于 1976 年“年刊”文集中。[13]

与欧洲各国宪法的互动

法国

法国与美国之间的关系为研究政治和法律理论的相互促进问题提供了丰富的例证，但研究美国宪法的观念对法国之影响的好论著却相当少。有证据表明，法国人对美国制度的无知有时达到了令人惊异的程度，甚至在学者群

中也不例外。E·布米在他的《宪法学》（1895）一书中提到：直到托克维尔的《美国的民主》出版之前不久，一些严谨的法国作者还把《邦联条例》当作《美利坚合众国宪法》。[14]在托克维尔本人的著作中也有一个明显的错误：他把 Constitution（宪法）译为 Conseil（议会）（在几次重印中，这个错误一直未得到纠正，直到 1869 年才加以改正）。[15]现在，虽已难以找到粗率无知的例证，但法国人对美国制的认识水平一直不高。[16]

革命时期

有好几个时期，法国对美国及其政府体制都产生了浓厚的兴趣，虽然由此产生的影响有时是消极的。其中最重要的一个时期紧随美国革命之后，迄十九世纪乃止。对这一时期的研究成果甚多，而且颇耐挑选。其中最有分量，内容最为详尽的是 D·埃舍维利的《西方的幻象：1815 年之前法国人的美国印象史》（1957）。这本书最突出的特点是注意到了法国在接受美国观念的过程中对之进行的改造。它的主要观点是：尽管亚当斯、杰弗逊等人在帮助法国人理解美国体制方面作出了很大努力，[17]法国人对美国的印象仍然‘ 只是一种先入为主的、非真实的反映 ”。[18]此书从细节上考察了法国人了解美国的信息来源，富兰克林、杰弗逊和亚当斯的影响，孔多塞、马布利、布里索和法国其他重要人物的言论，《人权法案》对《人权宣言》的影响；以及法国民意中美国形象的变动。埃舍维利为我们提供了很重要的二手资料，在这一点上，还应提到的是 G·希纳尔的《<人与公民权利宣言>及其美国先例》以及“《人与公民权利宣言》的美国渊源评注 ”一文。此外，还有 R·M·麦基弗主编的《人权的伟大表述》（1950）中谢尔曼·肯特的一篇关于法国《人权宣言》的文章以及帕尔默的《民主革命的时代》。[19]

托克维尔和第二共和国

在法兰西第二共和国的短暂生命中，将美国思想的影响引入法国的主要功臣就是阿莱克西·德·托克维尔。1835 年，托克维尔出版了他的《美国的民主》前两卷，“ 它们几乎是一夜之间就获得了史无前例的成功，给托克维尔带来了‘ 伟大的欧洲作家 ’的巨大声誉。 ”[20]该书第三卷出版于 1840 年。这部著作已经成为关于美国及其制度的最有影响的专著。不过，从美国的例子和托克维尔本人的影响对 1848 年法国宪法中最主要部分的形成所起的作用来看，与其说它们促成了第二共和国的稳定，不如说加速了它的崩溃。

E·N·居尔提的“ 1848 年法国制宪会议与美国宪法原则 ”（1917）描述了美国宪政思想对第二共和国制度的影响。这本著作虽然已经很老了，但其中收集了所有可用资料且至今尚未能有所增益。拿它同托克维尔的回忆录参照阅读，便能对有关情况有一个全面了解。[21]

草率完成的 1848 年法国宪法的起草者们“ 同那些 60 年前在华盛顿的主持下成功地起草出美国宪法的人们几乎没有什么相似性——那些人十分清楚自己的目标，并了解达到这些目标的途径 ”。[22]这部宪法本身是为避免社会主义和波拿巴主义这对双生的危险而制定的，这两种东西都敌视美国观念。最愿意效法美国的是拥戴七月王朝的保皇党人和一小部分自由主义分子。最重要的借鉴是引进了总统制：总统任期四年，[23]是武装部队总司令，

也是国家行政机关的最高决策者，这些内容都用美国式的语言来表述，读之如见美国宪法。其他如立法机构的两院制和司法独立原则，也被认为是 1848 年宪法中受美国影响而出现的内容。

1848 年宪法建立的混合制度远不如美国宪法那样成功，而且，由于新近获得选举权的群体带有明显的“波拿巴主义”倾向，不稳定的制衡机制便愈发显得难敷其用了。不过，对第二共和国的迅速覆灭负有最大责任的宪法条文却是托克维尔本人坚持制订的，这就是规定总统任期届满后不得连任的条款。很明显，这是美国宪法之消极影响的一个例子：托克维尔认为美国总统的权力“日益膨胀并已显露出一定的危害”，而且，“在法国，这种弊端将更有过之”。[24]托克维尔自己很快认识到错误，并试图加以改正，[25]但拿破仑三世更愿意取消共和制，而不是改进它。

二十世纪早期

本世纪头三十年，法国又恢复了对美国宪政体制的兴趣，这次所关注的层面与美国革命之后的那个时代有所不同。司法审查制度成为兴趣的焦点，讨论大多限于在法学家和政治学家的圈子。

法国司法审查制度的早期历史尚待进一步考察，它始于 1791 年宪法。[26]要知道，那时司法审查制度尚未在美国确立，但“联邦党人文件”第 78 篇的内容已传到法国；人们也已普遍认识到：普通法法官们比他们的法国同行更具“能动性”。不过，司法审查又被看作是一种与分权制和人民主权都无法兼容的制度。1791 年宪法不仅断然拒绝了司法审查制度，而且诉诸其用成了一项刑事罪行。[27]

不论当初拒绝它的原因是什么，司法审查的问题在第三共和国时期又被重新提出。国民议会在 1875 年（第三共和国宪法获得通过的时间）之前就已简要地提出过这个问题；1873 年，路易 · 布朗建议引进美国的司法审查制度。[28]尽管在中间有所耽搁，司法审查还是成为世纪之交的一个热门话题，而且，议会也重新努力想引进它。[29]就有关的学术讨论而言，[30]存在几种不同的立场。一方以 F · 拉尔诺德为代表，他在“比较立法学会”中作了一次内容详尽的关于美国司法审查制度的报告，[31]他认为美国制度有可取之处，但它全然不能适合法国国情。另一方是司法审查制度在法国的支持者，包括塔勒、[32]奥里乌、[33]热泽、[34]巴泰勒米、[35]狄骥、[36]萨内耶、[37]雅拉伯尔、[38]罗朗，以及梅特内，[39]但他们的观点也存在分歧。根本的分歧是 1875 年宪法中法官的角色问题。该宪法只对政府结构作了专门规定，对个人权利的保护却只有通过宪法“解释”来完成。像萨内耶这样的法学家就认为只有专门的宪法条款才能为宣告某项法规无效提供依据。另一些人（如狄骥）则相信 1789 年《人与公民权利宣言》就可以作为有效的宪法性规范。还有一些人（如塔勒、奥里乌）坚持基本人权高于成文宪法。[40]

最激烈地反对将司法审查制度从美国移植到法国的是 E · 朗贝尔的《美国的法官统治和反对社会立法的斗争》（1921）一书。朗贝尔承认这种美国制度在一个联邦制国家是有用的，但又认为：对有关个人权利方面的法规之合宪性进行司法审查，会容忍反对进步性社会立法活动的反动派。通过分析 Lochner 案时期的裁决，朗贝尔得出结论说：这种司法审查（特别是正当程序审查）制度对美国尚且有害，对法国来说简直就是一种灾难。讨论并未因

朗贝尔的书而告终结，[41]但他描绘的美国司法审查制度的形象却统治了法国许多年。这是美国宪政观念之消极影响的一个最有趣例证，可惜未能得到学术界的认真对待。

第五共和国

第五共和国时期是人们可以辨认出一定程度的美国影响的另一个时期。但这种影响进行得极为隐蔽，而且，有些概念和制度虽可视为来源于美国，但大多数却是植根于本土的。说到这里，首先就要提到由 1958 年宪法确立并于 1962 年修改的总统制，以及由 1958 年宪法引入并为宪法委员会的判决所扩充增补的司法审查手段。

还没有专门的著作对美国总统制模式在法国建立总统制体系的过程起到的作用进行研究。C·J·弗里德利希在“从政治和历史的角度看法国新宪法”（1959）[42]一文中举出了一些此类影响作用的例证。他的主要根据是：主持新宪法草拟委员会工作的 M·德勃雷早先曾是美国总统制模式的积极提倡者。[43]但毫无疑问，还有另一些更重要的因素激励着 1958 年宪法的起草者们，而且，最终形成的法国总统制也与美国大不相同。[44]事实上，即使是在 1962 年，总统的直接选举方式被采纳之后，仍有人建议引入一套更近似于美国体制的作法。[45]他们受到 J·卡达尔“美国总统制向法国的移植：一项困难而又危险的活动”一文的激烈抨击。[46]

学者们对合宪性审查制度在第五共和国的发展同美国之间的关联问题寄予了更多的关注，但多数研究都是进行简单的比较。当 1958 年宪法建立宪法委员会并授予它有限的审查权时，许多学者立即指出：这个委员会不是按照美国最高法院的模式构建的。[47]但是，相似性很快就显露出来了：在 1971 年，宪法委员会扮演了一个更为积极的角色，将自己审查立法的权力扩展到不仅审查是否有关分权的宪法条款,而且审查是否符合个人权利的保障。[48]尽管如此，仍没有哪个学者勇于承认美国的实际影响；时至今日，看来宪法委员会也没有使用美国的法哲学。

德国

所有欧洲国家中，美国在德国的影响最有根有据。这种影响可以追溯到美国独立战争时期，并继续贯穿于整个“复辟时期”（1815—1848 年）。到德国完成统一的俾斯麦时代及第一次世界大战以后，这种影响仍未消失，并在二战之后再次得到强化。

有几篇简短的文章评述了德国受美国影响的一般性情况，其中有几篇还为我们提供了有用的文献评注。乌尔里希·舍勒的“美国和德国的宪政传统”是为一部纪念美国建国二百周年（1976）的文集所写的英文导言，很有思想，并且利用了很好的资料。G·Ch·冯·翁鲁的“北美对德国宪法发展的影响”抓住了主要问题，但未能利用一些极好的文献。E·弗伦克尔收集了一些德国政治家和思想家对美国的评论，编辑成《德国政治思想中的美国影响》一书，对了解二战前的有关情况极有帮助；他还为该书写了一篇导言，很好地阐述了美国在德国知识界和政治界的影响。G·莫尔特曼的“美国建国二百周年：德美关系回顾”对德美文化交往中最精彩的事件进行了一番巡礼。[49]

革命时期

早先，当人们谈论美国革命对当时的欧洲之影响时，目光主要集中在法国；但是，霍斯特·迪拜尔的《德国与美国革命（1770—1800）》一书于1978年出版，使学者们开始注意到德国对美国有着多么深刻而强烈的兴趣。[50]此书是一部条理清晰的作品，利用了几乎所有可用的材料，并且为人们顾及更早的有用资料留下了余地。[51]它不仅详尽地叙述了美国革命对德国知识界和政治界的影响，而且还从细节上分析了德国人了解美国的信息来源，它们的准确度、周期性波动及其在德国社会各阶层的传布。迪拜尔的结论是：对法国革命感到失望后，德国人便开始把兴趣移向美国，但这种影响更多地体现在观念上，而不是表现在政治生活中。[52]宪政观念的影响也主要集中在关于政府形式的一般性问题上，很少有人仔细地注意美国宪法的条文。

从 1815 到 1848 年

德国人对美国的兴趣并没有随着拿破仑的失势和 1815 年后欧洲君主制的复辟而消失。相反，经过短暂的停滞之后，“西方的幻象”逐步被对美国制度的更深入的理解所取代；这种理解的基础是对美国宪法的有见地的认识，对美国杰出法学家著作的认真研读以及利用美国的范例来统一和改造德国的强烈愿望。

关于这一时期，我们又可以找到一系列高质量的专著。其中，最重要的是 E·G·弗兰茨的《1848 年德国革命中的美国影子》和 E·安格尔曼的“德国早期立宪主义及其美国蓝本”。[54]

到 1848 年革命为止,托克维尔的著作一直是人们准确了解美国情况的重要园地；他的《美国的民主》于 1836 年被译成德文出版，到十九世纪中叶以前，这个译本共再版了十二次。[55]还有人称“德国的托克维尔”的罗伯特·冯·莫尔[56]也发挥了同样重要的作用；他那本关于美国宪法的书[57]在许多年里一直是关于这一主题的最重要的德文资料。主要是受到莫尔的影响，德国法学家和政治思想家们开始熟悉美国法学家们（如斯托利、肯特和沃尔克[58]）的著作，其中一些作品后来被翻译成德文——这是“后《联邦党人文集》时期”法学文本影响的一个罕见例证。[59]

经过一段较长的时期（对于这一时期，弗兰茨有详细的讨论和记录）之后，德国人获得了可观的关于美国的知识，在起草 1849 年宪法的法兰克福国民会议的论战中，他们对美国宪政体制的兴趣达到了顶点。代表中有些人对美国情况有着切身的体验，[60]另一些人（如莫尔、米特迈尔和达尔曼）则十分熟悉美国的法律和社会制度。论战中，美国模式经常被提出来讨论，并且显然成为德国自由主义者的提案依据。[61]美国的影响在联邦制和国家主权问题上体现得最为强烈，而在个人权利问题上，则相对较弱。美国影响的事实勿庸置疑，但国民大会的失败却暴露了在那个时候将美国宪政观念引入德国所存在的问题。安格尔曼的“德国早期立宪主义”一文很好地评述了这一问题，他的结论是：德国的自由主义者们未能充分地理解美国宪法与美国政治生活条件之间的联系。

统一时期

有人将 1866 年后德国完成从邦联向联邦的过渡这一史实,同美国从邦联转为联邦并因内战而增强联合的过程相比较。[62]舍勒肯定德国的统一受到过美国的影响。[63]在论述美国联邦制在德国统一的过程中所起的作用的作品中，最重要的是“ 联邦主义思想在德国统一战争的十年中 ”。[64]作者鲁道夫 · 乌尔勒清楚地指明：美国思想对德国十九世纪六十年代的发展之影响远不如四十年代那么直接。国家统一的观念同自由和普遍主权分离开来，而同君权主义的保守思想和普鲁士霸权主义相联系起来。对外国资料的借鉴因此带有高度的选择性和折衷性，并间接地取材于美国和瑞士的模式。乌尔勒从当时的重要政治思想家们的著作中寻找线索，分析其中的观念嬗变，并且把他的讨论置于对联邦主义思想的一般性考察之中。

魏玛宪法

曾经有人指出在魏玛宪法的创制过程和短暂生命中都有美国影响存在，但有关这一问题的系统性著述尚难寻见。无论曾经有过什么样的影响，现在都已散射出去，无迹可寻，难以证实。有一篇文章论述过这个专题，这就是 H · 霍尔伯恩的“ 美国宪法对魏玛宪法的影响 ”；[65]但它并没有指出可度量的影响，也没有提供好的文献指导。按照霍尔伯恩的观点，美国宪政理念对韦伯产生了某种影响，转而影响到《魏玛共和国宪法》的起草。

最有趣的是 E · 弗伦克尔“ 德国人对威尔逊的印象 ”[66]一文，此文全面地研究了德国人对威尔逊总统的看法；因为威尔逊关于战后重建的观点是美国影响的最直接的载体。还有一些文章对司法审查制度在魏玛共和国时期的尝试性发展与美国经验之间的联系作了解释。[67]

1945 年以后

见下文中“ 1945 年以后的德国 ”部分。

美国的直接干预

日本之例

近现代日本史上的立宪活动经历了两个阶段，一次导致了“ 明治宪法 ”（1889）的产生，另一次制定了目前的日本宪法（1946）。前者被认为是受德国宪法影响的结果，且与美国观念颇为接近；而后者更是在美国的直接控制之下产生的。毫无疑问，没有其他的时代（可能除了菲律宾外，世界上也没有其他的地方）像日本二战以后重建国家政治和法律制度期间那样受到美国观念如此之大的影响。的确，德国观念比美国思想对“ 明治宪法 ”的影响更为直接。不过，因为早在佩里远征（1853）之前，日本已经开始向西文文化和思想靠拢，[68]而且，它在这一期间（从 1853 年直至明治维新时期）受美国的影响也不算小，我们无法相信日本在其迅速近代化的过程中从未考虑过用美国方式来建构自己的政治生活，甚或仅仅是拒绝它们。美国的早期影

响应作论述，不仅为其自身的缘故，也是为以后的事件作背景材料。

明治宪法

在“明治宪法”的起草过程中，日本人选取了一种不同于美国的方式来建构他们的政治秩序，并特别拒斥了一些美国观念。在某些场合，这种排斥是由于他们觉得这些美国观念虽很值得赞许，但对日本人来说“太超前”了。[69]在另一些时候，拒斥的原因又是日本人认为美国制度的目的不值得称道——一个明显的美国消极影响的例子。但是，从某些方面考虑，美国的经验无疑对明治股肱们的著作起到了一些作用，尽管他们并未照搬美国的制度。

奇怪的是，没有任何一本专著对明治时期日本在政治和社会制度方面受美国影响的情况进行过总结和评论。[70]只有一本新渡户写的实在太过时而又有些混乱的书：《日美交流》，[71]对此稍有涉及。更令人奇怪的是，连把美国影响的某些方面作为主题来加以论述的作品都难以找到。[72]幸而有关这一时期的有趣资料并不欠缺，只是需要加以收集、挑选（因为很多材料彼此矛盾或观点不详）和评价。大多数材料只是顺便涉及了一下这个问题，我不打算把它们全部列出。

佩里远征打开了外国影响日本的大门，并最终导致了德川幕府的垮台，使美国成为日本睁眼看世界后注意的焦点。在日本近代化的早期阶段，美国的影响特别强烈，到 1870 年以后，就渐呈弱势。

第一个日本使团早在 1860 年就来到美国。[73]福泽谕吉是其成员之一，他后来成为庆应大学的创建者、西方思想的普及者、自由主义运动的领袖之一，以及功利主义和放任主义经济学的倡导者。[74]在美国理想的影响下，福泽写下了极有影响的《西洋事情》一书，此书在日本售出逾三十万册，在日本政治观念发展史上扮演了一个重要的角色。[75]现代日本政治思想中一些重要词汇的形成应归功于一个美国传教士——埃利亚·C·裨治文写的一本关于美国历史的书；此书最先是用中文写的，后来译成日文。这本书最早向日本人介绍了一些基本概念（如“国会”、“参议院”及“众议院”）的含义。[76]

明治维新运动开始之后不久，新政府为了赢得国内的支持和国外的认可，宣布了“五条誓文”，许诺广开上下协商之门、破除“旧来之陋习”。为使誓言得以落实，特发布了《政体书》，改革政府官制，可视作日本的第一部现代宪法。[77]许多评论者都认识到《政体书》的构架中有明显的受美国影响的痕迹，[78]但又无法找出直接影响的证据。井家信毅在其《政治民主在日本的肇端》[79]一书中宣称：《政体书》的起草者们吸收了裨治文和福泽谕吉著作中的一些概念和思想，还吸取了美国宪法的内容，年轻起草者就是从美国宪法学习英文的。[80]这部日本法律规定了两院制的立法会议，[81]一些分权的形式，[82]以及政府官员的选举制和任期制（为四年任期）。[83]美国对这部法律及维新运动早期领导者们的影响则尚待进一步的仔细研究。

在接下来的时期中，一直到 1889 年颁布“明治宪法”，发生了主张在日本建立代议制政府者同要求保持天皇在国家体制中的中心地位者之间的论争。前者更具自由主义色彩的主张被认为是受盎格鲁——萨克逊政治传统鼓舞的结果，而后者的保守思想则被视作是德国和俄国（在较少程度上）的影

响所致。[84]但是，美国观念对持保守意见者的影响（通常是消极的）也依稀可辨，尽管往往无人专门区分盎格鲁——萨克逊影响中的不同因素（大多数评论者可能都会同意：英国的影响是其中最重要的部分，至少在个人权利方面如此）。同美国有关的方面要作专门研究才能搞清楚。

在许多“明治宪皆”的自由主义反对者的生平和著述中，可以清楚地看到美国的影响和激励，这些人包括板垣退助、副岛种臣、植木枝盛和福泽谕吉。[85]事实上，当统治层明显把普鲁士作为样板时，伊藤博文出使到欧洲去学习宪法，[86]自由主义领袖之——寺岛宗则就曾建议派人到美国去学习，以补充伊藤报告之不足。虽然他最终受命出使美国，但其计划并未成功。[87]

尽管 1889 年明治宪法带有浓厚的普鲁士色彩,但它的一些主要起草者却受到美国宪法之影响。伊藤博文，这个明治股肱当中最重要的一员，就曾于 1870 年访问美国，学习可以移植到日本的财政金融制度。他主要是学习美国的银行、税收、造币体制及预算程序，[88]但也同国务卿汉密尔顿·菲什讨论过美国的政府体制。菲什还送给他美国宪法及一些重要法规和《联邦党人文集》。[89]《联邦党人文集》一定给伊藤留下了深刻的印象，因为他不止一次地提到它，作为其理解制宪问题的根据，[90]并且在起草“明治宪法”的过程中用它作参考书。[91]

1871—1872 年，伊藤博文随岩仓具视使团再次出访美国。这个使团的目的是考察能够适用于日本的西方制度，并为修改“佩里远征”以来强加于日本的不平等条约作准备。[92]不只是对伊藤，这次出使对使节团的其他重要成员（如木户孝允这个立宪政体的早期倡导者[93]和保守一些的大久保利通）[94]甚至产生了比对伊藤更为巨大的决定性的影响。在这次出使期间，木户委托他的两个助手撰写评注美国宪法的文章并翻译孟德斯鸠的《论法的精神》（1750）。这些资料后来究竟作何用途我未能发现。[95]

在“明治宪法”的起草者中，另一个深受美国经验影响者是金子坚太郎。十九世纪七十年代中期，坚太郎在哈佛大学学习政治和法律，据他自称，奥利弗·温德尔·霍姆斯是其私人辅导老师。[96]开始时，他的思想比伊藤还要激进，[97]此后却渐趋保守。在“明治宪法”颁行之后，他还曾重游美国，听取其在哈佛法学院的导师詹姆斯·B·塞耶及霍姆斯法官的意见。[98]

1946 年宪法

即便是在被征服的欧洲土地上改革封建体制的拿破仑，也不曾梦想过如此彻底地重塑一个社会，就像美国在战后的日本所尝试并大体完成的那样。[99]当然，战前的日本对西方的许多政治制度已经非常熟悉，但它接受的主要是大陆法系国家法律制度的影响，而且，美国人所带来的变化是巨大的。

这些变化中有多少可以直接归因于美国强加的 1946 年宪法发生的作用，是一个值得探讨的问题。一方面，日本不是像美国那样的法治社会，在后者那里，所有最重要的问题最后都归结为以司法手段来解决的宪法问题，而在日本，正像有人曾经指出的那样，宪法（现在仍未作修改）大致上与政治制度的日常运作无关。但是，在另一方面，新宪法不只具有象征意义；它至少在某些方面对当代日本的沧桑巨变起到了一定的作用，它所首创的制度在很大程度上仍保持着原样。

这是一个令人震惊的事实：现代日本的宪政革命（日本人被排除在原作者行列之外）不是由名义上决定占领政策的盟国力量推动的，也不是由专家们在美国政治当局的认真监督下完成的，而是在美国占领军总司令道格拉斯·麦克阿瑟将军近乎绝对的个人权威之下，由几个无名之辈进行的。今天，我们所了解到的占领对日本宪法的影响状况，多半来自那些参与其事者对战争年代的回忆；独立的专业调查材料在任何一种用欧洲语言文字记录的文献中都难以找到。[100]没有一项研究日本 1946 年宪法制定过程的成果详尽地汇集了可用的资料，比较了不同的文本，评价了基本材料的真实性，或者可靠地描绘了美国在其中扮演的角色。只有 Th· H·麦克内利的一篇未发表的博士论文在这方面作了一些尝试，但他所用的资料并不完全，文章的作用也很有限。[101]

不过，我们还是知道有关这一历史事件的许多事情，而且故事相当精彩。到 1950 年，日本政府和在日本的盟军最高司令部（SCAP）都已宣布：在经过五个多月“辛勤的调查研究和日本政府与盟军司令部的经常性会商”（麦克阿瑟语）之后，日本人已起草出了《日本国宪法》。[102]随着 SCAP 管理部于 1950 年公布了一份名为《日本政治的重新定向》的详细报告，美国所扮角色的真实图像开始为世人所知。从那以后，越来越多的参与其事者以他们出版的回忆录扩充了我们的知识。其中最重要的有：J·威廉姆斯爵士的《麦克阿瑟控制下的日本政治变革》（1979）；H·E·怀尔兹的《东京飓风：占领及其后果》（1954）；考特尼·惠特尼的《麦克阿瑟：他与历史之约》（1956），特别是第 246 节；D·麦克阿瑟的《回忆录》（1964），特别是第 298 节；A·C·奥普勒的《被占日本的法律改革：亲身经历的回顾》（1976）站在 SCAP 的角度来看待这次事件；[103]以及吉田茂的《吉田回忆录：日本在危机中的故事》（1962），站在日本人的立场上看问题。[104]

故事是这样发生的：在占领的头几个月里，没有人急着要修改日本宪法。[105]1945 年 9 月和 10 月，麦克阿瑟分别把修改宪法的问题提到前首相近磨卫文■公爵、首相东久迩稔彦及币原喜重郎面前。东久迩内阁没来得及讨论这个问题，但近卫和币原内阁都开始着手修改“明治宪法”。近卫的工作后来被 SCAP 否决了，[106]他本人在被指控为战争罪犯后自杀。币原内阁组建了一个以松本蒸治为首的宪法问题调查委员会，开始了起草新宪法的准备工作。这个委员会提出了一项忸忸怩怩的修改建议，被盟军总部坚决驳回。

随后，在 1946 年 2 月 3 日，麦克阿瑟将军命令 SCAP 管理部起草一部日本新宪法。结果，几个对宪法和政治科学都很陌生的无名之辈受命来改变一个有七千五百万人口的大国的统治方式，而且，他们被限定在十天之内完成这项工作。实际上，他们在一个星期内就干完了活儿，麦克阿瑟批准了草案（他只对其中一处作了大的修改），并把这个草案送交日本政府。[107]这个草案在英语和日语之间经过了多次互译，作了细节上的修改（只有回到两院制算是一处大的改动，这似乎是日本人对他们自己的宪法所作的唯一的重要贡献），并依“明治宪法”规定的修宪程序获得通过。

1946 年日本宪法带有如此之多的美国印记，以至我们无必要罗列它们。仅仅在它的“序言”部分，就可以看到许多美国的影响：《独立宣言》、“葛底斯堡演说”及其他美国文本，却找不到来源于日本本土的语汇。[108]在这部宪法中，没有触动议会制，而在它之外增加了一个独立的司法机构和一部不能为立法所取消的权利法案，据说这对日本思想来说是一种异质的东西，

须要创造一些适当的语汇来表达，因而十分困难。[109]

这部宪法从仓促起草到由日本国会急忙通过，个中原因颇耐寻味。通常的观点认为这是由于麦克阿瑟担心即将成立的负责监督占领事务的远东委员会（FEC）会削弱他在影响日本发展轨道方面的作用。[110]有评论者认为麦克阿瑟的担心是不无道理的，因为 苏联和其他盟国想更严厉处置日本，如果那样，非但天皇制度难以保存，还可能离开民主道路。[111]也有人认为急急忙忙地制造出的是一部外国味儿太浓的宪法，又认为日本人自己迟早会提出更为恰当的举措。[112]不管怎样，时间上的限制的确决定了这部宪法的内容和它独特的美国味儿。比较日本和德国的发展，似乎可以看到：如果稍待一、二年，冷战的开始就会赋予日本人更强的谈判实力，美国也不会对永远解除日本的武装有这么大的兴趣了。

关于日本宪法之起源的两个问题在大众读物和专业文献中引起了讨论，一个是美国和日本在放弃战争权的宪法第九条之形成过程中扮演了什么角色的问题，另一个问题则是：美国的压力在违背盟国依“ 日本国民自由表达之意愿 ”来组建日本政府的许诺而使宪法获得通过的过程中究竟起了多大的作用。[113]

有关“ 放弃战争 ”条款的讨论，在麦克内利的“ 日本宪法中的弃绝战争条款 ”[114]一文中有所解释。按照麦克阿瑟、惠特尼将军及币原首相本人的说法，是币原首先提出这种想法，并向麦克阿瑟建议的。[115]其他一些人，包括币原的亲信和麦克阿瑟司令部中的成员在内，都对这种说法的真实性表示怀疑。[116]

美国人在制造合他们口味的宪法的过程中究竟使用了多大的强制力？这个问题也笼罩在迷雾之中。争论的焦点是：考特尼 · 惠特尼将军是怎样把麦克阿瑟的草案在 1946 年 2 月 13 日交给日本官方的。惠特尼本人对于这次交涉的描述有许多地方相当不得体，且以武力相威胁，例如，他说到东京上空的“ 原子骄阳 ”，并认为这很得当。[117]惠特尼在显然没有得到麦克阿瑟授权的情况下威胁道：如果日本政府拒绝接受麦克阿瑟草案，美国人就准备把它“ 直接交给（日本）人民来决定 ”。[118]为了使日本人接受美国草案，惠特尼是否还对天皇进行过人身威胁，现在尚属疑案。[119]惠特尼解释说：他所说的话只是为了使日本人认识到除非立刻通过宪法，麦克阿瑟无法阻止远东委员会采取更为激烈的步骤。[120]不过，可以确信的是，某些日本人的确把惠特尼的措词看作是一种威胁。[121]

不只是学术界对美国参与和影响 1946 年宪法起草工作的性质问题感兴趣。占领结束之后不久，修改新宪法的呼声就很强烈。其结果之一就是成立了一个由议员和“ 学识与经验俱富之人 ”[122]组成的宪法问题委员会。该委员会 1965 年出版了它的最后一份报告；这份报告的节略本已被翻译成英文，并由约翰 · H · 梅基编辑出版。[123]这个委员会提供的丰富信息不仅有宪法诞生方面的，还涉及它此后的运作状况。值得注意的是：尽管有人坚持要求修改宪法，一些从美国进口的主要部件，如人民主权原则、司法审查及一部强有力的权利法案(它们当中没有哪一项曾在 1946 年明显地出现于日本人的多数修宪建议中），却受到该委员会大多数成员的支持。[124]这一事实或许表明了“ 麦克阿瑟宪法 ”的最大成功。

最近的宪法发展状况

日本宪法在后占领时期的发展状况为学术研究提供了一个有趣的题目。新宪法中的许多内容对日本政治文化来说都是一种异物，而且，日本的法律传统在很大程度上是以民法法系为源头的。一个受德国式训练的法律职业者在一个东方社会中运用一部美国型宪法，一定会产生出许多令人惊异的结果。可惜，我们在西文著作中只能读到这个故事的一部分。[125]

论述战后日本宪政发展史（同时也是主要的美国进口货的发展史）的内容最广泛的英文作品是由 D·F·亨德森编辑的一部论文集：《日本宪法：它的头二十年，1947—1967》。[126]还有三套日本最高法院的裁决选编和一本有趣的案例书——《日本法律制度》，也能使人对日本宪法有一个初步的了解，并为计量其参考美国思想和裁决的频率及意义提供了依据。[129]

只有在几个特定的领域，才可以找到探寻日本宪法之发展及美国对日本宪法裁决之影响的重要西文专著。涉及司法审查制度的作品又是最多的：除了亨德森那部集子里有四篇关于管辖能力问题的有趣文章外，[130]还有 N·L·内桑森的一篇较老的论文：“日本的宪法裁决”。[131]

L·W·比尔在其近著和收在亨德森文集中的一篇文章里谈论了表达自由问题；[132]金钦的“宪法和淫秽物品：日本与美国”[133]也就同样的问题进行了讨论。内桑森的“集会自由的宪法保护”[134]一文讨论了同“第一修正案”有关的问题。再加上亨德森集子中一篇关于正当程序的文章和另一篇关于刑法的文章，这似乎就是全部的有关作品。[135]

1945 年以后的德国

有关第二次世界大战以后德国宪政体制之重建的文献非常之多，它们当中有许多也论及了美军占领的作用。不过，主要研究美国宪政观念之影响的专著相对来说则比较少，也无法与迪拜尔、弗朗兹或乌尔勒对于早期情况的论述相提并论。或许这些事件离我们太近了，以至于找不到一个适当的角度来对之进行历史透视；或许这片领域过于辽阔了，第一手资料的数量太过丰富。也可能是由于顾及到年轻的国家制度之声誉，外国影响的题目使德国学者感到不舒服。还有一种可能是战后德美关系的复杂使“影响”一词在学术研究中难敷其用。在早期，美国宪法高高在上，是自由政治理想的化身，世界各地的自由主义者都受到美国的影响。在近一些的时期，情况发生了变化，欧洲国家已有了它们自己的民主制度（其形成肯定或多或少受到过美国的影响），当纳粹帝国崩溃之后，德国可以回到自己的经验上去重建国家和社会。在这种情况下，尽管存在美国的直接干预，美国模式也确实进入了负责领导战后重建工作之人的思路之中，要将美国“影响”从构建新的德国制度的大量独立思考中分离出来仍是困难甚或徒劳的。

盟国占领机构对待德国和日本的不同态度应该但是没有受到学术界的某些关注。这种区别可能最明显地体现在给予被占国的构建战后政治体制的自主权之多寡上：德国人在起草基本法的过程中只受到盟国最低限度的干涉；而美国人对日本的类似努力表现出极不耐烦的样子，后来干脆越俎代庖，自己为人家起草了一部宪法。[136]

将美国观念从影响战后德国宪法原则之形成的其它因素中分离出来是十分困难的，但要辨明盟国（尤其是美国人）在占领期[137]究竟干了些什么却

并不费劲。毋庸置疑，他们的行为对西德产生了深刻的影响。

R·L·梅里特的“占领德国期间的美国影响”一文简述了美国人的行动，并试图评价其效果。梅里特的文章没有用实证材料来支持其论点，[138]但凭着事后观察的有利条件，它评论了非纳粹化进程及美国对重塑德国社会所做之贡献的主要特色。资料更为丰富的是研究这一时期的早期著作，特别是E·H·利奇菲尔德等人的《管理战后德国》（1953）；G· A·阿尔蒙德的《德国为民主而战》（1949）和 L·D·克莱的《在德国的决定》[138]尽管这些著作因距其描述的事实时间上太近而缺乏洞察力。一本 P·H·默克尔写的更晚一些的书——《西德的来历》（1963）对盟国的行动进行了批判性的研究。[140]这些著作生动地描述了美国为使德国能够维系民主秩序而塑造德国社会的努力。像这样一些步骤，如将前纳粹党人从有影响的位置上清除出去（包括 70%的学校教师）、[141]重组教育系统、引进美国式的公民学课程、鼓励成立工会等等，都对制定和适用新宪法的外部环境产生了影响。在直接论述盟国（美国人在其中起决定作用）在起草德国基本法[142]的过程中所扮角色的论著中，最重要的是 J·D·戈莱的《德意志联邦共和国的建立》(1985)。[143]引人注目的是，在准备基本法草案的黑伦希姆泽宪法会议期间，明确提到美国之处只有十次；[144] 在反映“议会委员会”（负责起草基本法最后文本）工作状况的文件中，对此也有所保留。[145]但德国的创建者们是在军事管理当局 1 号文件及 1948 年 11 月 22 日《备忘录》的背景下进行工作的，前者用含糊不清的语言提出了盟国对未来宪法的要求，后者则稍微详细一些地载明了这些要求的内容，如德国应成为一个联邦国家、应建立两院制的立法机关、应确立司法审查制度等等。他们同军管当局进行的谈判也在其中起到了一定作用。尽管盟国不提这些要求，许多内容也无疑会写进宪法草案，但占领者的影响在某些方面还是很有作用的，其中最重要的是引进了美国联邦制中某些独具特色的内容（特别是联邦与各州两税制），它们都异于德国的传统作法，并遭到了一些抵制。[146]美国的直接影响还体现在对比例代表制的修改，而偏向小选区相对多数混合选举制及限制小政党，但从魏玛多党体制（由比例代表制所滋生）的不稳定状态中获得的教训比美国模式在这里起了更大的作用。美国的影响还体现在别的一些方面，[147]如在保障基本权利的问题上，尽管戈莱很雄辩地对此表示怀疑；[148]还有司法审查制度的建立，它在某些方面受到美国经验的启发，不过在德国基本法中采取了不同的形式。

谈到司法审查制度在德国的建立，多数研究者至少会提到美国的示范作用和美国占领当局的存在，[149]但他们又会补充说德国的先例在其中也扮演了重要角色。[150]宪法法院决议的评论者通常用比较的方法来写作，避免声称影响。[151]尽管把扎根于一个体系的裁决归功于另一个体系，这在方法上有严重困难，美国最高法院的判例对德国宪法法院无疑有一定的影响。西德的裁决中有时会引用美国案例；[152]宪法法院的许多法官熟悉美国的制度；[153]在法院图书馆中，收藏有整套的《美国最高法院判例汇编》。[154]对这些现象进行实证性研究（与它们对判决的实际影响相对照）本来是很有趣的，但却无人进行此项研究。[155]

菲律宾：一场美国的帝国主义实验

除了战后的德国和日本之外，菲律宾是美国直接干涉施加影响的另一个实例。在德国和日本，美国的占领只是短期性的，而在菲律宾，美国的统治却长达近五十年之久，并且使之成为它向我们如今称之为“第三世界”的国家出口其社会和政治制度的实验场。其结果，长话短说，是不太令人满意的。

对于美国干涉菲律宾事务的历史及其在后殖民时期的后果，在 G·费舍的《非殖民化事例》和 G·E·泰勒的《菲律宾与美国》两本书中有极富见地的叙述。J·V·阿布华的“菲律宾的民主与美国遗产”[157]和 S·P·洛佩斯的“殖民关系”[158]非常概括性地对这一历史作了评估。

美国分两个阶段获得了对菲律宾的统治权。第一步是把它从西班牙手中夺过来，完成于 1898 年的《巴黎条约》。第二步则是要制服菲律宾人，他们本来以为美西战争可以使他们的国家获得独立，后来却只有失望了；这一阶段到两年以后才告一段落。在这两个阶段之间，菲律宾人曾经宣布独立，并于 1898 年颁布了一部所谓的《马洛洛斯宪法》。这部宪法的生命十分短促，但值得注意的是：在没有受到美国的任何直接干预的情况下，它取法于 1869 年西班牙宪法和某些拉美宪法，但启发它的却和启发美国宪法的一样，都是启蒙思想的鼓舞，该宪法纳入了一个涵盖面不小的权利法案，这可以与其后在美国监督下制定的法案相媲美。[159]

菲律宾的殖民问题在美国并非没有争议，[160]从一开始，美国就宣布其目的是领导菲律宾人走上自我管理和宪政之路。1900 年 4 月 7 日，麦金利总统向塔夫脱委员会下了一道关于建立菲律宾政府的指令，其中包括有一份权利清单，这时被人称作“菲律宾人的大宪章”。[161]这份几乎是逐字照录美国人权法案及内战修正案相关内容的清单，变成了菲律宾以后所有宪法性文件的典型特色。[162]

菲律宾的政府体系在美国的督导下变得越来越接近于美国模式。依照 1902 年《菲律宾法案》，国会建立了这样一套体制：最高行政权由美国任命的总督行使；立法职能由选举出来的下院和美国提名的上院（即“菲律宾委员会”）分担；司法系统是独立的，但在一些个案上要接受美国最高法院的审查。1916 年“琼斯法案”（官方名称叫《菲律宾自治法案》）用一个自由选举出来的参议院取代了“菲律宾委员会”。1934 年“泰丁斯-麦克达菲法案”（官方名称叫《菲律宾共和与独立法案》）准备向独立最后过渡的条件。它提供了一个菲律宾立宪会议、一个共和国及最终的一个独立的共和国。为了能被美国所接受，1935 年新宪法中包含有一部权利法案和建立一个“共和政体”之规定。后者被立宪会议中的菲律宾代表理解为建立一个“美国式政府”。[163]结果，除联邦制外，1935 年宪法体现了美国制度的全部特性。这部宪法在 1946 年菲律宾独立后一直保持着效力，直到为 1973 年宪法所取代，后者引进了一种从未付诸实施的议会制。1981 年宪法又恢复了总统制。[164]随着马科斯政府的倒台，另一部新宪法已经生效。美国在菲律宾的遗产对这部新宪法也有明显的影响，但尚无学术专著对此加以分析。同样不清楚的是，建立一种体现理想（美国人认为是他们把这些理想移植到这个遥远的太平洋岛国上）的恒久民主制度的希望有多坚实。

可能是因为菲律宾宪法中渗透着太多、太明显的美国影响，有关专著引述而不讨论它。[165]直到最近，亦步亦趋地按照美国宪法讨论菲律宾宪法并特别注意美国之影响的普通著作看来相当泛滥。[166]只举一个例子：在 R·G·马丁的《菲律宾宪法》第三版中，引用的案例里有 40%是美国判例，

而且，它们好像是作为有约束力的先例来被使用的（实际上，它们大多都不是）。[167]到 1973 年宪法颁布后，一篇有关的普通论文看起来才不再像是在对美国司法权进行阐释。晚至 1977 年，费迪南德·E·马科斯总统，这个美国宪政在菲律宾的掘墓人，还在其演说中撮胡椒似地提到了特雷纳和卡多佐法官。[168]

如果调查一下菲律宾宪法在某段时期对美国宪法的完全模仿给其人民带来了什么，可能会是十分有趣的。直到最近，这种试验，从总体上看还是很不成功的。可以确信的是，在某些方面（如教育或土地改革），美国督导的早期成就是不可否认的。但从政治上说，美国的殖民未能有效地保护菲律宾免受独裁统治，即使是最好的评论家也无法看出结果为何不像美国人原来打算的那样。[169]据报道，菲律宾第一任总统马努埃尔·奎松曾经说过：“在我们的宪法之下，最重要的不是个人；是国家的利益而非个人利益优先”。[170]从这种迹象判断，早就会有人想到这种移植带来了未曾料到的结果。虽然如此，如果最近的事件反映了美国人留给菲律宾人的政治法律文化，如果他们允诺建立更为持久的民主秩序，陪审团仍然没有判决美国向一个第三世界国家出口其宪政体制的实验成功了。虽然美国不可能再有机会去塑造另一个国家的命运，政治现代化仍然是一个活生生的问题，菲律宾是一个相当有意义的实例，值得人们去做更深入的研究。

美国在普通法世界的影响

发达国家：澳大利亚的实例

英联邦中的英语国家，因其受英国殖民统治的历史和它们的普通法传统，显然最容易理解和吸收美国宪政观念。但是，尽管这些国家对美国法律的熟悉程度比其他任何国家明显都高，尽管它们的法理也经常把美国法律作为普通法传统中的一分子来加以引用，但它们同时还有一种明显抵制美国宪法的传统。英国是这种抵制的当然的顽固堡垒，它拒绝在任何重要问题上仿效其大洋彼岸的表兄弟，不论是总统制、联邦制还是司法审查，均在排斥之列。实际上，所有研究美国宪法之域外影响的论著，包括目前这部，都把英国排除在考虑范围之外。[171] 直到最近为止，不仅是英国，所有其他英联邦国家（包括澳大利亚）都坚持认为“权利法案”这种思想是美、法两国的畸形儿，认为它在实践中劣于英国保护个人权利的制度。[172]

在所有英联邦的英语国家中，澳大利亚对美国宪法的影响最为开放。已经有人争论过澳大利亚1900年宪法是模仿美国还是模仿英国的地方多，[173]但毫无疑问的是：它肯定受了很多的美国影响。澳大利亚宪法所用的语句十分近似于费城文件，甚至在那些拒绝了美国人影响的地方也是如此。[174]

关于美国对澳大利亚宪法发展的影响，可以在专业文献中找到许多资料。E·M·亨特的《美国先例在澳大利亚联邦》是其中最为详尽和细致的，[175] 它引导读者从 1889 年连续的立宪提议到 1900 年宪法通过、从批准过程中的争论到公众反映，一览无余，无一遗漏。J· 奎克和 R·R·加兰的一部老书：《澳大利亚共和国宪法注解》（1901）虽未特别提到美国影响的问题，却在美国模式对一些特定词汇和条文的选择之影响方面为我们提供了丰富的资料。J·A·拉诺兹的一本晚一些的书：《澳大利亚宪法的制定》（1972）

可能是这一专题中迄今为止最权威的著作。W·G·麦克明的《澳大利亚宪政史》（1979）带有英国中心主义色彩，有低估美国先例之作用的倾向。[176]

毫无疑问，美国对澳大利亚宪法的最大影响体现在联邦制方面。因为美国在这方面有经验，澳大利亚的开国元勋们（他们当中许多人本来对美国所知甚少或并不赞许）把目光投向美国宪法，从中寻找解决自己问题的办法。[177]美国内战明显地暴露了联邦制的某些危险，[178]但澳大利亚统一所感受到的需要，伴随着如何保证小殖民地同意国家契约问题上的困难，使美国的实验与澳大利亚人相关。有趣的是，在移植的过程中，美国的联邦制又与议会式的政府组合到一块儿，而后者要求大大背离美国联邦立法机构的模式。[179]

尽管他们有意识地排斥了美国式的分权，[180]澳大利亚的开国者们还是保留了美国宪法的一般结构：第一章规定立法问题，第二章规定行政权问题，第三章则谈到司法权。而且，议会的两院也采用了与美国对应的名称（参议院和众议院），每一州在参议院都有同样数量的代表席位。[181]最重要的是，澳大利亚建国者们遵循美国先例，使联邦政府只具有宪法所授与它的权力，其余权力由各州保留。[182]

由于澳大利亚和美国宪法中涉及联邦制问题的条款内容十分相似，澳洲高等法院自然十分重视美国最高法院的裁决，它们常常面临同样的问题。最初，澳大利亚的所有法官都同时是律师和政治活动家，曾在起草宪法过程中发挥过积极作用，高等法院对美国判例的遵循可以说是充满热情。在第一个宪法案件中，[183]澳大利亚法官把大法官马歇尔在 Mc Culloch v. Maruland[184] 一案中表述的意见一字不漏地引用了近三页。人们发现澳大利亚宪法的条文“尽管在形式上有所变化，在内容上却与美国宪法的条文难分彼此”,以至于澳大利亚的建国者们一定认为它们在解释上也应相似。[185]人们说到美国法学家的论证是“令人信服的”、“无可辩驳的”、及“对澳大利亚宪法与对美国宪法同样适用的”。[186]随着时间的推移，对美国先例的倚重程度自然而然地减轻了，特别是在著名的“工程师案”[187] 之后。此案推翻了高等法院早先的好几个裁决，指出了两种宪法之间的一些根本区别，并且明确地对过紧地追随美国裁决的作法提出了警告。从那以后，两种联邦体制发生了明显的分野，但澳大利亚主要的宪法性案件仍继续严肃地考虑美国最高法院的观点，并经常把它们作为适当的参考意见来引用。[188]

没有一种关于澳大利亚联邦制的严谨论著不同时论述美国宪法和美国最高法院判例的重要影响。其中最系统的专著是P·H·莱恩的《澳大利亚联邦制与美国的相似性》（1972），尽管它侧重于比较而不是讨论影响问题，但却把其中的因果关系梳理得十分清楚。[189]其他一些作品谈到了州与联邦关系中的一些特殊问题：P·E·奈的“澳大利亚和美国解释贸易条款的司法手段分析”[190]比一篇时间较早但仍有价值的关于同一问题的学者评注[191]更为有趣。罗斯的“联邦体制中的公共财政”[192] 讨论了政府间的免税和征税问题，但有些过时了。[193] 同样有趣的是Z·考恩和 L·津内斯的《澳大利亚的联邦司法权》（1978），它认为：至少在这个方面，澳大利亚开国者们是被美国事物的“催眠性魔力”迷惑住了，引进了一种并不适合于澳大利亚的模式，导致了一种不必要的复杂性。在 B·麦克切斯尼的“完全诚意与信任：一种比较研究”[194] 一文中，阐述了一个消极影响的事例，内容相当过时，但仍令人信服地论述了各州间相互承认法院判决之原则在澳大利

亚的发展，认为有意识地拒斥美国先例导致了一种更好的法律秩序。[195]

美国对澳大利亚宪政体制的影响也明显地体现在它的司法制度上。关于共和国法院系统的规定明显地仿效了美国宪法第三条的内容，尽管它们之间也存在重要的区别：澳大利亚高等法院是国家的最高上诉法院，不管案件是否涉及联邦事务，均可受理，在初审管辖权上，其受案范围也远远大于美国最高法院。[196]而且，澳大利亚议会也没有像美国国会那样创设一套低级联邦法院，除了 1976 年被合并为“ 澳大利亚联邦法院 ”的一套专门法院。但是，涉及到联邦制问题时，高等法院十分注意美国最高法院的裁决，并时常深受其影响。[197]至于司法审查这项最伟大的美国发明，一个高等法院法官发现它是像“ 公理 ”一样被澳大利亚接受的。[198]加利根在“ 澳大利亚联邦体制中的司法审查 ”[199]一文中对其起源和扮演的角色作了有趣的分析。

司法审查的概念在澳大利亚被视作“ 公理 ”，但其作用却必然受到更多的限制。这不仅是因为澳大利亚法官（或许是为了向他们的英国同行看齐）比他们的美国同事更少积极性，更主要的是由于澳大利亚没有采纳权利法案。因此，高等法院更多地是作为宪法所确立的政府结构的守卫者，而不是作为个人或少数派权利的保护者来与国家相抗衡。[200]毫无疑问，由于它们共同的盎格鲁-撒克逊血统,澳大利亚人和美国人分享着正当程序和尊重个人权利的传统，但美国对于个人权利的司法见解向澳大利亚的渗透已经减弱了。在宪法层次上，这一专题中唯一受到学术注意的领域是“ 特权与豁免权条款 ”的澳大利亚副本[201]及采用第一修正案中宗教条款之原则的条文；[202]两者都没怎么显示出起草阶段过后道地的美国影响。在民权立法方面，某评论者认为美国先例“ 只对澳大利亚宪法产生了第三手的影响 ”。[203]这不同于加拿大，那里已经发生了一种剧烈的变化，一个有司法强制力的权利法案已经通过；甚至也不同于英国，在那里，关于权利法案的谈论偶而也会渗出政治生活的边缘。在澳大利亚，尚未发现这种倾向。

发展中国家的民主：印度的实例

美国宪政影响印度的故事是十分有趣的，因为它是在迥然不同的历史传统下进行大规模借鉴的为数不多的几个例子之一，这种借鉴持续影响着借鉴国的法律和政治文化，并且是在没有受到美国控制和施压时发生的（日本或菲律宾就不是这样的例子）。[204]实际上，在印度和其他一些十年之后获得独立的英联邦国家中，人们对待美国事物（特别是《人权法案》）的相反态度是一个值得深思的问题，[205] 因为它浓缩了美国形象的迅速转变，先前美国的形象是一个在反殖民斗争中降生[206] 并成功建立了一套国家和个人自由的令人羡慕的制度[207] 的光彩照人的形象，而很快成为一个时常被视为第三世界的新殖民主义威胁的形象。

关于印度对美国宪政传统的借鉴问题，在专业文献中有丰富的考证和阐述。[208] 其中最重要的是印度行政管理学院中的一个委员会在 B·西瓦·劳的主持下编写的一部里程碑式的著作：《印度宪法的起草》，包括四卷文件集和一卷全面的描述。[209] 一些宪法学方面的论著也同样重要，它们通常用比较的方式来写作，特别关注美国（也有其它国家）在印度宪法的起草和解释过程中发挥的影响作用。[210] 美国宪政观念的影响也已成为专项研究的课题，P·R· 特利帕西的“ 美国宪政对印度宪法的影响透视 ”是其中最新、

最全面的一篇论文。[211]D·V·威廉姆斯在一本研究美国法律对英联邦国家之影响的专著第一章里对此问题所作的简短论述也很有价值。[212]其它文章要么过时了，要么价值不大。[213]

印度宪法是世界上最长的一部宪法：它的最初版本（尚未加上数不胜数的修正案）就包括 395 条正文和 9 个表格，在官方出版的文本中占去了 254 页。[214] 不用说，印度宪法的制定者们并非从头开始来起草这份文件，不过，他们在采用英国式的代议政府的同时，也从其他国家的宪法中吸收了一些概念（也常常有词汇），其中最重要的是美国、[215] 爱尔兰以及（在较小程度上）澳大利亚和魏玛共和国。事实上，在起草过程中，制宪会议里的官方宪法顾问 B·N·劳爵士就曾到美国、爱尔兰和英国作了一次特殊旅行，学习这些国家的宪政体制，并同权威学者、法官和政治家进行讨论。在美国，与劳进行过会谈的人中有杜鲁门总统、前大法官休斯、大法官弗兰克福特、伯顿和墨菲、法官勒德·汉德、杰瑟普教授及道林教授；在爱尔兰，他同德·瓦莱拉总统和其他一些人进行过磋商。[216]

就基本政体而论，印度宪法对英国仿效得最多。特别是，印度有意拒绝了美国的总统制[217]并仿效了威斯敏斯特论议会模式。[218]印度也拒绝使用美国模式来处理中央政府与各邦之间的关系；这看来是因为这个前英国殖民地一旦明确将分作穆斯林和印度教徒两种团体分别聚居的地区（后来导致了巴基斯坦的分出），印度人选择了一个较强的中央政府，而不是像美国宪法所做的那样。[219]美国的影响最强烈地表现在基本人权和司法审查制度上；在这些方面，美国宪政的影响是巨大的，而且许多地方是直接借用。

美国影响的一个最有名的例子涉及到印度宪法中正当程序条款的故事。开始时，印度起草者们仿照第五修正案来制定了一条正当程序条款；虽然像在其他许多例子中一样，他们考虑在表达上要有所限制。由于知道正当程序条款 1937 年之前给美国带来的麻烦，印度起草者们打算在印度文本中取消“产权”这个词并在“自由”之前加上“个人的”这个形容词。最后，作为劳旅美时与弗兰克福特法官会谈的直接结果,印度人决定参照 1946 年日本宪法最先采用的作法，取消“非经法律的正当程序”这一词组，而代之以“除非按照法律确立的程序。”[220]

最初的印度正当程序条款（宪法第 21 条）的具体规定限定在个人自由上，[221]因此主要适用于（尽管不是只适用于）刑事程序；但许多其他方面的自由，如旅行、工作、从事贸易活动或开店营业等权利，都由印度宪法的其它条款（第 19 条）来保障，并不需要分别求助于正当程序条款。[222]而且，正当程序的概念本身可以理解成是为从自然正义的基本原则出发对立法活动进行司法审查提供了一个立足点，这种含义并没有被人从印度宪法中清除出去。经过一段时间的限制之后，[223]印度最高法院在 Maneka Gandhi 案中裁定：一种不合理的程序，或者一种“独断的、不公的或不真实的”程序，根本就“不能算是程序”，而且，一部法律若要建立任何一种侵犯自由的程序，都必须与自然正义和“公平”的原则相一致。[225]

印度正当程序条款的故事中也不是没有出人意料的事情。就像在印度联邦制的例子中一样,[226]一个显赫的美国法学家劝印度人避开美国宪法的先例。他们听从了他的劝告，从别的国家（日本）的宪法中采纳了一个相应的条款，这一条款恰好是由一群美国占领官员起草的。印度人这下明白了，美国宪法的示范作用比其美国解释者的劝告更有力量：人们在一个地方避开了

它，它又从另一扇门进来了，而且（可以毫不过分地说）变成了印度宪法中永久性的一部分。

正当程序的故事经常被人提起，但印度宪法中关于基本权利的整个段落实际上都受到过美国《人权法案》的强烈影响。[227] 我限定自己，尽量简短地说明一下美国对印度司法体制的影响，特别要提到司法审查及美国判例在印度法院的应用。

人们通常认为印度的司法系统更近似于英国而不是美国的司法系统，[228] 但印度法院从一开始就被明确赋予了在基本权利领域内进行司法审查的权力。[229]随着时间的推移，印度法官们又在司法审查中注入了一些美国法官未向他们推荐的东西，这就是：宪法只能在一定限度内被修正，即使这种限度并未由宪法本身明文规定。首先，印度最高法院在著名的 Golak Nath 案[230] 中裁定：宪法修正案与普通法律一样，也不能侵犯基本权利。后来的一个案子[231]推翻了 Golak Nath 案中最引人注目的那部分内容，包括基本权利从原则上不容修正的观念，但印度法院并未完全否认有限可修正性的观点：与宪法之“ 基本结构 ”（包括一些基本权利）不相容的修正仍被视作自始无效。[232]这一原则在美国判例中难以找到，但印度法院在创立它的过程中却引用了许多美国判例。[233]

印度法官和学者给予美国法院法理的关注到了令人吃惊的程度，虽然据说这种程度现在正在减弱。[234]《全印报道》在印度宪法的条目下挑选了一些供参考适用的美国最高法院裁决。[235]虽说印度法院在引用美国先例问题上十分自由，而且偏好有名的而不是最近的判例，[236]但其技术水平却是令人佩服的。M·艾迈姆的《印度最高法院与宪法》一书中，极好地展示了美国案例被大量引用的情况（至少到 1968 年之前），并且描述了它们如何深深地渗入到印度法律文化中去的情形。除了谈到其他事实，它还揭示了裁决过程受大量外国因素影响的情形。

尼日利亚简说

美国宪政观念对尼日利亚的影响处在若实若虚之中。说它实是因为尼日利亚一次又一次直接或间接地受到美国范例的影响，特别是在联邦制、行政机构的角色及司法审查（程度较小）等方面。说它虚乃是因为正像一位权威人士所说的那样，这个国家有“ 数量惊人的宪法性文件 ”，“ 要弄清它们是一件令人望而生畏的工作 ”，这是由于它们的存在时间是极为短暂的，而且，正像它们突如其来的降临一样，这些文件也倾向于迅速地“ 完全消失于晦暗、遥远且又一去不返的过去。 ”[237]因此，有关美国影响的专著之少便不足为怪了。要研究美国观念的输入，我们必须先对宪法在尼日利亚不稳定的政治气候中所扮演的角色有一个框架性的了解；在研究其他发展中国家亦复如是。

最为持久、在某种程度上也是最有意义的美国影响是在联邦制领域。早在殖民时期，联邦制就已经由英国引入尼日利亚，或许是因为它非常适用于对多种族地区进行管理，尼日利亚人在 1960、1963 和 1979 年宪法中都保存了他们国家的联邦结构。尼日利亚联邦制的结构与美国模式十分近似。尽管没有明确讨论美国影响，但有一些学术论著，如 E·O·恩瓦布泽的《尼日利亚宪政史》（1982）（主要取材于 1960 和 1963 年宪法）和《总统制政体下

的尼日利亚联邦制》（1983）（描述了 1979 年宪法下的各种事态），不断地提到美国和澳大利亚（受美国强烈影响的典型）权威们的言论。[238]

美国对尼日利亚总统制的影响是更晚一些的事儿,在 1983 年军事政变之后，它已经基本上不起作用了。但在 1979 和 1983 年之间，这种影响却是十分显著的。同以前的宪法不一样，1979 年宪法放弃了威斯敏斯特模式，有意识地向美国风格的总统制迈进。在 J·S·里德的“尼日利亚新宪法：‘华盛顿模式？’”（尽管题目如此，它主要还是侧重于比较）一文中，对这种制度进行了分析。E·O·恩瓦布泽的《尼日利亚总统政体》（1982）也为我们提供了丰富的资料。[239]

在接连不断的尼日利亚宪法中，都有专门涉及个人权利的部分，这导源于尼日利亚第一部宪法（1960）中包含的权利法案。这部法案是在英国的压力下起草的，它更多地取材于《欧洲人权公约》，而不是任何美国源泉，但在司法审查方面，却受到了美国的影响。司法审查制度在 1963 年宪法中得以确立，而且，至少在一个最高法院判例中，当政的军政府的一项法令因越权而被废除。[240]美国法理对尼日利亚宪法性裁决的影响近年来也很明显。读一读 D·O·艾和 P·A·欧律依德写的《尼日利亚宪法案例及资料》（1979），[241]对了解这些问题很有助益。

一个独特的实例：以色列

美国宪政影响以色列的过程从某种意义上说正好与印度和澳大利亚的情况相反。在后者，美国观念的影响在最初的宪法制定阶段就已经很明显了，这种状况延续到宪法的早期司法解释中，只有到接受国日趋成熟时，才呈渐弱之势；而以色列宪政在开始时只显露出极少、极肤浅的受美国影响的痕迹，其后期发展却大大地受制于一位作者所说的那种‘跨越大西洋的成见’。[242]

以色列的法律和宪政史是颇富特色的。它的法律体系由几种不同的渊源汇成：体现在第一次世界大战前制定的民法典中的奥斯曼法；在英国托管时期引进的《巴勒斯坦议会规程》、[243]各种各样的托管法令、规则，以及英国普通法；[244]根据奥斯曼法和《巴勒斯坦议会规程》，仍然适用于同个人身份有关之事项的各种宗教法：伊斯兰教、基督教及犹太教法；[245]及以色列国的立法性法规。这种法律传统的多样性使人们有理由期待以色列迅速地探讨出通过制定一部成文宪法来统一各种法律制度的措施。这种期待可能随着 1947 年联合国关于巴勒斯坦分治的决议之出台而增强了[246]这项决议规定犹太国和阿拉伯国都必须制定出一部民主性的宪法；以色列自己的《建国宣言》也同样加强了这种期望。[247]

早期的步骤似乎表明了将迅速颁布一部成文宪法。甚至早在独立之前，犹太人社团的民族会议就已经针对建国后可能会出现的主要宪法性问题起草了一系列的备忘录。分治决议一出台，巴勒斯坦的犹太代办处就任命它的一位法律官员——利奥·科恩博士负责准备一部宪法草案。临时国务会议（过渡期的管理机构）指派一个宪法委员会来完成同样的工作。[248]1949 年 1 月，立宪会议选举产生。

不久以后风向骤转。人们本来期望立宪会议只负责准备并通过一部宪法，但是，从其产生的第一天起，它就成了以色列的国会，而且仅在四轮议席过后就相应地更换了自己的名称。很快，占统治地位的工党及其同盟宗教

阵线就提出：迅速通过一部宪法的作法并不可取。经过多次讨论之后，一项折衷的方案被采纳了，以色列国会的“宪法、法律和司法委员会”[249]受命起草一系列各自独立的“基本法”，其中每一种都将由国会通过并成为未来宪法中的一章。这些“基本法”中的第一部（涉及国会自身）直到1958年才通过；其它一些自那以后陆续通过，但这一过程现在仍未完结。事实上，尽管曾经引起过热烈的讨论，有关个人权利的基本法现在还没有产生。[250]

在以色列宪政史上的早期阶段，美国观念的影响很少。在对他的草案所作的“解释性声明”中，科恩博士只在以下两处提到美国：一处是指出以色列议会制与美国总统制的区别;另一处是同从美国1937年前的经验中得出的反对意见作斗争，以维护司法审查的观念。[251]一位作者在其1948年为美国读者所写的一篇文章中试图查明美国宪法对提议中的以色列权利法案（科恩草案的第二条）之影响，[252]但更公允的作法应该是去辨明许多种宪法及犹太教法的共同影响。[253]实际上，与很多最近的此类文件一样，提议中的以色列权利法案比美国《人权法案》要详细得多，其中还包含了一些如工作权、受教育权之类的“社会权利”。

当国会中的“宪法、法律和司法委员会”无力批准任何一种具体的宪法草案之时，它将这一事项提交给整个国会抉择，一些议员在讨论中[254]就提出参考美国宪政史这种最终的妥协方案，来支持他们的延期提议。本-古里安总理提醒国会注意从美国《独立宣言》到美国宪法正式颁布之间的时间间隔，强调在以色列应当有相似的缓冲期。本-古里安同时还指出：与以色列不同，美国需要有一部成文宪法来限定联邦和各州各自的权利，并以美国司法系统之反动为由来反对司法审查制度。[255]其他发言者表达了类似的意见，其中有一个代表宗教阵线的评论员还认为：与美国不同，以色列已经有了一部宪法，它存在于《摩西五经》之中。[256]这些提及美国之处可以说暗含了某种（多半是消极的）影响之存在，但是，事实上它们主要被用于装饰性的目的。正如评论者们所同意的那样，除了在现世主义问题上有所分歧外，执政的各党派从根子上都不情愿限制政府及议会多数派的权力。[257]

在以色列宪法的后期发展过程中，美国观念的影响表现得越来越明显。由于以色列的政府是议会式的而国家是单一制的，美国宪法的影响局限在以色列司法体制上。不过，可以看出它在这方面的表现，并向早期的英国影响提出了挑战。

以色列法院进行合宪性裁决的权力严重地受制于它们有限的司法审查权。以色列至今仍没有一部有效的《权利法案》（这一法案再加上第十四修正案便可以说明美国最高法院的大多数宪法判例），而且，在迄今为止已经生效的《基本法》之中，也只有少数条款扎下根，以至于一般性的立法都能推翻它们。即便有护宪措施存在，修改基本法的程序也过于简单（只需要所有议员中多数的投票），[258]这样，法院对立法的审查权更接近于英国的‘形式”审查，而不是强健的美国式审查。[259]457因此，美国宪法判例对以色列法律制度的影响主要存在于司法审查之外的领域。以色列最高法院在阐发诸如言论自由、平等、宗教自由之类的原则时最经常借鉴其美国同行的判例，这些原则在《巴勒斯坦议会规程》、没有约束力的《以色列建国宣言》以及涉及新闻检查、选举、重婚等问题的一系列专门法的法律解释中都已得到发展。[260]在一些高质量的学术性出版物中，对这种借鉴中涉及的许多问题都进行过分析。

M·阿佩尔本的“美国的普通法”[261]一文追溯了至 1966 年为止美国先例在以色列最高法院中扮演的角色。根据阿佩尔本的统计，没有一种报道显示出巴勒斯坦法院（以色列最高法院在托管期的前身）曾经引用过任何美国机构的成例。在其成立的第一年，以色列法院在 2%的案件中引用了美国先例；1953 到 1963 十年间，这个数字增加到 3-4%；而到 1963—1966 年间，则接近于 5%。[262]阿佩尔本还对美国先例被派作何用作了大致的分类，并指出：当其它国家的普通法院都把引述美国权威的观点作为一种装点性的时尚或笼络民心的手段时，以色列法院却越来越多的利用它们来解释与美国有关法律性质相同的本国制定法，引用它们是因为其比名义上有约束力的英国先例更适合于本国国情。尽管十分简短，阿佩尔本也探寻了一下美国影响的传来渠道，列出了以下事实：可以获得的美国资料逐渐增多，许多以色列法律工作者（包括几个以色列最高法院法官）在美国受过教育，司法书记官资格制度以及美国专家在起草某些以色列法律的过程中所扮演的顾问角色。对这方面的问题作进一步的研究是十分必要的。

移植美国法律制度的最肥沃土壤是言论自由领域；专业文献对此也论述颇多。首先要提到的是普利那·拉哈芙的“美国对以色列言论自由制度的影响”。[263]围绕着两个成为判例的案件，[264]拉哈芙分析了美国司法原则在以色列生根成长的途径。她在两者之间进行了对比：一方面是受过美国教育的阿格拉那特法官运用美国权威观点（王要是 Dennis v.United States 一案和 Z·查菲的《言论自由在美国》[1941]一书中表达的观点）[265]的娴熟技巧，从而使这些美国式观念在以色列生了根；另一方面是香戈法官在后来的 Ha’aretz 案中表现出来的拙劣工夫以及兰多法官在此案复审中对美国先例的误解。

E·哈农的“待决事项中的言论自由”[266]一文讨论了另一个关于言论自由的问题：以色列的态度如何从美国式的自由主义原则转变到为英国所坚持并由法兰克福特法官在美国提倡的较为保守的立场。这种转变部分归因于立法的发展,[267]但与此相伴的是以色列人从仔细分析美国的权威言论转向了无差别地引用英国和美国法理[268]。

美国的管辖能力（justiciability）原则也对以色列产生了影响，尤其是当法院发现无法对一项任命总理的总统令[269]或一项涉及到重新安置一个贝督因酋长的军事决议[270]进行审查时，表现得最为明显。也有专业文献注意到了囚犯权利方面的美国影响。[271]其他一些问题，如同等保护、宗教活动自由及总统赦免权，有人提及但并未加以分析。[272]

最后，美国宪政观念还经常体现在以色列学者和法官推动法律变迁的活动中，特别是在促成以色列权利法案的通过及增强司法审查的作用之进程中。因此，在 Bergman v.Minister ofFinance[273]一案的尾声，最高法院法官兰多在“宪法是以色列国的‘最高法律’吗？”[274]这篇（希伯来文）文章中，强烈反对在以色列颁布一部关于人权的基本法并扩大司法审查的作用。[275]他引用了传统的威吓物——Lochner 案和 Adkins v.Children'sHospital 案，[276]但也提到了汉密尔顿在《联邦党人文集》（第 84 号）中的论述、Mdrbury v.Madison 案以及一些美国学者的观点。其他的以色列学者（包括特拉维夫大学法学院院长）则请出其他的美国权威来批驳兰多法官所仰仗的汉密尔顿。[277]另一个最高法院法官 Y·萨斯曼在围绕着 Dred Scott 案展开的讨论中，向人们展示了美国法院是如何比它们的以

色列同行更容易站在民意的对立面。[278]还有其他一些作者也加入了这场争吵，如果不提到美国权威的话，他们的讨论似乎难以进行下去。[279]

结论

在对专业文献中反映出来的美国宪政观念之域外影响的情况进行了一番浏览之后，我不揣冒昧地就此题目从整体上提出几点总结性的意见。特别是考虑到我们从前面几页中可能得到的印象——美国宪法无疑是世界上最重要、最有影响的宪法，提醒读者不要曲解或者夸大美国宪政之影响也许是必要的。

美国宪法一直在全世界有巨大的影响，这不足为奇。在欧洲大陆同时代人的眼里，美国革命是一件具有极大历史意义的事件，美国人所蹈赴的民族自由、个人自由之理想为受压迫的欧洲人民注入了希望之源。德国人用激情澎湃的诗歌来赞美美国所建立的人类博爱；[279]比利时人在他们的独立宣言中及时吸收了美国思想；在遥远的俄国，拉迪什切夫在美国革命所荡起的激情中写下了《自由颂》（1782）；一批又一批的自由斗士从远至波兰的地方赶来，寻求美国兄弟的帮助。美利坚合众国的成功使得赋予它政府结构的宪法及其为世人奉献的原则一直得到世人的瞩目。

但是，从一开始，使美国革命变得家喻户晓的因素就同时成为使它和由它创生的 1789 年宪法遭人误解的原因。美国的赞许者实际上对美国的社会生活所知甚少，他们对大西洋彼岸事件的解释只是透过三棱镜后的自我观念的折射。美国对他们来说是一个人间天堂，他们既不关心美国的具体情况，也不去了解美国宪法对美国人来说意味着什么。在很长一段时期，美国影响处于肤浅和不稳定的状态。

相应于开国者们的主要贡献，美国宪法在三个方面影响着其他国家的宪政发展：总统制（在实际操作中派生出分权制）；一个新奇的混血儿——联邦制；以及具有革命性的、有司法强制力的权利法案。每一种观念都可以在世界各地找到其模仿者，但难以发现一种充分进入本国土壤（像在美国土壤中一样）的移植，并由此产生出与其原型相像的结果。对照一下威斯敏斯特模式的持续性效力，不论是在欧洲，在英联邦国家抑或是在其余的发展中国家，美国政体的影响都显得相形见绌。

总统制似乎是最有特点的美国概念。法国在 1848 年之后试着采用了它，一些拉丁美洲国家也是如此，但其中鲜有不蜕化为独裁制者。

联邦制的际遇要好一些，澳大利亚成功地模仿了它，在其他一些国家（如德国、瑞士以及几个南美国家）的发展中它也发挥了作用。但这些联邦国家中的大多数（澳大利亚除外）都放弃了美国体制中的一些最具特色的内容，包括多样化的司法体系、独立的各州司法系统及各自独立的州宪法。这些成功的联邦制国家都发展起了自己的特有形式，除了少数几处相似（最明显的是国家立法体系中的联邦立法机构）之外，它们现在与美国制度只有些微的相似。

美国《权利法案》及其各州前例是美国宪法中被复制得最为频繁的部分。但在这里，更甚于在联邦制方面，不好说存在什么单向性的影响。“人与公民权利”的观念在美国革命时期已弥漫于欧洲空气中，相应的欧洲文件对全世界各地至少与美国的权利法案同样具有影响，而且这些文件都有自己的独

特品味。最富特色的美国概念——甚至能够对抗正式实行的法律的有司法强制力的个人权利也是直到最近才逐渐得到世界上许多国家的勉强认同，现在，这项移植的价值还很难评估。

美国宪政观念的移植之所以经常流于肤浅，其原因可能与下列事实有关：美国革命的胜利在当时的观察者眼中首先是一场民主的胜利，人民主权原则的胜利，而美国宪法的“实质”，最主要的却在于它试图确立自由主义与个人主义原则。应当清楚，美国宪法的宗旨的确是要将人们从国王和暴君的统治下解放出来。但它的塑造者们所走的路线仍然只是部分民主的；该宪法最具特色的是它对所有政府（民主的或其他性质的）都不信任，并努力限制其权力。因此，“受有司法强制力的个人权利限制的职权分散的弱政府”这样一种美国观念，对那些国家（包括大多数欧洲民主国家和主要的发展中国家）来说就只具有有限的吸引力了，在它们那里，国家被看作是公共福利的卫士和个人利益的提供者，而不是对其公民利益构成威胁的“必要的邪恶”。即使是那些最渴望引进美国宪政观念的国家，也总是试图用其他一些概念来“补充”它们，如语气强烈的公共福利或所谓的社会与经济权利，这些都只有强大的政府才能提供。这样就常常得给政府机构额外的授权，与美国观念的本意很不协调，最终导致美国观念被排斥或被大加改变。

移植美国观念的动力问题是一个需要细致学术分析的复杂课题。在此美国宪法颁布二百周年之际，拒绝将这份费城文件视为世界各国发展的模式，而是强调其独特性，其根本上的美国的特点，这也许有点不合时宜。然而，却应当如此。

鸣谢

在准备这篇文章的过程中，许多人曾给予我慷慨的帮助。首先我要感谢几位学生助手，他（她）们承担了无价的文献检索工作：佩尼娜·戈登斯坦（以色列）；斯蒂芬·奥德格斯（印度和澳大利亚）；玛格丽特·普兰克（德国和法国）；克雷格·赖克尔（菲律宾）；戴维·罗森堡（日本）；斯蒂芬·沙帕德（尼日利亚）；以及杰弗里·P·特劳特（澳大利亚）。戴维·克林顿帮助我进行沉闷的资料性工作。一些同事阅读了本文的部分段落，并提出了意见，在此，我必须特别提到马克·加兰特教授和索利·J·索拉布依先生，他们两人好心地阅读了印度部分；迈克尔·K·杨教授，阅读了日本部分；普利那·拉哈芙教授和梅尔·丹科恩教授，阅读了以色列部分。唐纳德·P·科默斯教授提供了有价值的文献导引。这部文集的其他作者提出了一些极有启发性的批评。保罗·马丁一直耐心地给我指出问题。路易斯·亨金教授一开始就劝我从事这项艰难的写作，并在最后的写作阶段给了我巨大的帮助。所有这些人对本文中仍然存在的错误都没有责任。

注释

[1]由于时间的关系,我无暇顾及对利比里亚的情况进行介绍——这是美国影响的一个特例，无法列入下文提出的分类表。

[2]如果不在某一点上戛然而止的话，这样一篇文章便永无终结之日了。由于美国宪法颁布二百周年的到来，在本文的某些部分完成到出版期间，很

可能又有许多相关的专著问世，但我们却无法在此引述了。

[3]历史著作中保存的有关法律移植机制的资料可能比比较法学者们的著作中保存的还要多。这种历史著作的例子有 D.Echeverria，Mirage in the West: A History of the French Image of American Society to 1815 (Princeton, N.J.:Princeton University Press, 1957); Horst Dippel, Germany and the American Revolution 1770-1800(Wiesbaden; Steiner 1978);及 E.G.Franz 的 Das Amerikabild der deutschen Revolution von 1848(Heidelberg; C.Winter 1958)。但历史著作不可能对各种类型的影响进行系统研究，因此无助于我们设计这个专题的分类表。有一部特别有趣的法学著作专门研究了影响问题（但没有谈到美国宪政观念的影响），这就是 A. Watson 的 Legal Transplants: An Approach to Comparative Law (Charlottesville: University Press of Virginia, 1974)。还有同一个作者写的 Society and Legal Change(Edinburgh: Scottish Academic Press 1977),第九章；及 "Legal Transp lants and Law Reform", Law Q.REV.(1976),92:79。

[4]这些法律问题不一定非得是给定国家的宪法中的某一特定部分所涉及的内容，但它们必须是最基本的法律问题，这些问题如果发生在美国，就会成为宪法或宪法性法律（比如民权法）所规定的内容。

[5]见 M.Cappelletti和J.C.Adams, "Judicial Review of Legislation: European Antecedents and Adaptations," Hary.L.Rev.(1966), 79: 1207; G. Dietze," Judicial Review in Europe," Mich.L.Rev.(1957), 55:539; G.Dietze, "America and Europe: Decline and Emergence of Judicial Review, Virg.L.Rev.(1958),44:1233。

[6] 正像读者可能已经注意到的那样，我打算把西半球的国家分开来谈。之所以不谈加拿大，是因为我们这个北部邻邦直到最近还对美国宪法的影响十分避讳，而且，涉及同加拿大权利法案有关的影响问题的文献也不齐全。

[7] Carl J.Friedrich, The Impact of American Constitutionalism Abroad (Boston:Boston University Press 1967)。

[8] Richard B.Morris,The Emerging Nations and the American Revolution (New York:Harper and Row,1970).E.Wright 在他的"The Revolution and the Constitution:Mdels of What and for Whom?" The Annals of the American Academy of Political and Social Science (November 1976),428:1-21 一文中对 Morris 的观点提出了质疑。

[9] C.Read, ed.,The Constitution Reconsidered (New York:Columbia University Press,1938).只有从完整性上考虑，才有必要在正文中提到的作品之外补充这样一篇短文：Josef Reddish 的 "The World-wide Influence of the United States Constitution",Boston Univ.L.Rev.(1930),10:195,题目可真够大的！

[10]R.R.Pal mer,The Age of the Democratic Revolution,2 vols.(Princeton:Princeton University Press,1959,1964)。

[11]Pal mer 曾经认为："只有在法国……似乎才出现过对美国政府的细节讨论"（1:263）。在后来为 H.Dippel 的 Germany and the American Revolution 1770-1800(Wiesbaden:Steiner 1978)一书所写的序中，他推翻

了自己的上述观点，说到在读了 Dippel 著作之后，他开始认识到“‘美国梦’在德国与在法国一样存在，并且毫不逊色”。M.J.Daner 的 “The Impact of the American Independence and the American Constitution:1776-1848;with a Brief Epilogue”,The Journal of Politics (1976),38:37 一文也宽泛地论述了美国革命与美国宪法的影响。

[12]有一篇例外的文章谈到了正当程序条款，这就是 W.Mendelson 的 “Foreign Reactions to American Experience with'Due Process of Law',”Virg.L.Rev.(1955), 41:493。

[13]提到美国在建立司法审查制度的过程中扮演的重要角色，有几部著作值得一读：M.Capelletti 的 Judicial Review in the Contemporary World(Indianapolis:Bobbs-Merrill,1971);H.Mosler 主编的 Constitutional Review in the World Today (Koln: Heymann: 1962);E.Mcwhinney 的 Judicial Review,4th ed.(Toranto:University of Toranto Press,1969),讨论的是英联邦国家。当然，虽然它已经过时，我们还是得把 Ch.G.Haines 的 The American Doctrine of Judicial Supremacy(NewYork: Russell and Russell 1959; rpt.of the 1932 ed.), app.2 列上。

[14]据 E. Boutmy 在其 Etudes de droit constitutionnel (Paris “E.Plon,Nouvrit,1895)一书第 86-87 页上记载：《邦联条款》曾被当作美国宪法收入 P.A.Dufau,F.B.Duvergier 和 F.Guadet 编印的 Collection desconstitutions, chartes et lois fondamentales de l' Europe et des deuxAmeriques(1823)，在 1830 年的增补本中，他们仍未改正自己的错误。

[15] Boutmy， Etudes,pp.88-89 Boutmy 明显地暗示当时还没有比 Conseil 更准确的词来翻译美国的 Constitution（在十九世纪三十年代早期），但这显然也是错误的。最早的译名出现于 1878 年 11 月的 Journal politique de Bruxelles 上，另一个译名在 I.Condorcet 的 De l'influence de la revolution de l' Amerique sur l' Europe（1788）增补本中出现并收录于 F.Mazzei 的 Recherches historiques et politiques sur lesEtats-Unis(Paris：Froulle,1788)中。D.Echeverria 的 Mirage in theWest： A History of the French Image of American Society to 1815(Princeton， N.J.: Princeton University Press, 1957)一书第 162 页中还提到了其他几种译法。检验一下 Condorcet 的译法，会发现其中并不存在 Boutmy 提到过的错误。

[16]请参见 Echeverria 的 Mirage, p.vii(G.Chinard 所作的序)。

[17]为此目的，John Adams 写了 Defense of the Constitutions of the UnitedStates,3 vols.

[London:C.Dilly,(1787-88);1792 年有了法文译本]。Jefferson 的 Notes on Virginia(Paris:1785)在出英文本之前就出版了法文本，这对 Jean Demeunier 为 Encyclopedie Methodique 撰写关于美国的辞条是一个极大的帮助，也同样鼓舞和便利了 Mazzei 对 Recherches historiques et politiques sur les Etats- Unis(1788)一书的写作。要想更多地了解当时的有关情况，请参阅 Echeverria,Mirage,pp.22,123-125。

[18] Echeverria, Mirage,p.78。

[19] G.Chinad, La Declaration des droits de l' homme et du citoven

et sesantecedents americains (Washington, D. C.: Institut Francais deWashington, 1945);Chinard, “Notes on the American Origins of the'Declaration de Droits de l'Homme et du Citoyen',” 98:383-396.R.M.Mclver, ed., Great Expressions of Human Rights(New York:Harper, 1950).P.R.Palmer,The Age of the Democratic Revolution, 2vols.(Princeton: Princeton University Press,1959,1964)。

美国对法国《人与公民权利宣言》的影响在本世纪与上一世纪之交曾经是一个引起热烈讨论的话题。G.Jellinek 在 Die Erklarung derMenschenund und Burgerrechte(Leipzig:Duncher and Humbolt 1895)一书中宣称该宣言完全是在美国源泉的激励下诞生的；此书后来由 M.Ferrand 译作英文：The Declaration of the Rights of Man and of Citizens(New York:Holt 1901)。这种观点得到 H.E.Bourne 的支持，他写了 “American Constitutional Precedents in the French National Assembly”, Am.Hist.Rev.(1903),8:466-486,受到 E.Boutmy 的 “LaDeclaration des droits de l' homme et M.Jellinek,” Annales des sciences Politiques (1902),17:415-443 的强烈质疑。Boutmy 的观点也引起了讨论，详情请见 W.Rees 的 Die Erklarung der Menschen und Burgerrechte von 1789 (Leipzig: R.Voigtlander,1912),pp.149-159。有关《人权宣言》之起源的其他情况请参见正文中提到过的 Sherman Kent 的那篇文章。

[20]J.P.Mayer,Alexis de Tocqueville:A Biographical Study in PoliticalScience,2d ed.(Gloucester,Mass:P.Smith,1966),p.21.这部著作最早出版于 1939 年，虽有些过时，但其导言值得一读，对托克维尔的生平、著述和影响也作了大略的评述。尽管现在有关托克维尔的精辟而有用的文献已不再“匮乏”（见该书第 24 页），评价其影响的基础性著作仍难找到。关于托克维尔在德国的影响，请见下面注 55 及其对应的正文。

[21] E.N.Curtis, “The French Assembly of 1848 and American Constitution Doctrines” (ph.D.dissertation, Columbia University, 1917). The Recollecytions of Alexis de Tocqueville, ed.J.P.Mayer(London:Hervill Press, 1948)。

[22]Tocqueville,Recollections,pp.200-2-1.托克维尔还告诉我们：他们在美国宪法方面的知识是十分浅陋的。见该书第 213-214 页。

[23]总统依大多数选民的投票选出，如果没有一个候选人获得足够的票数，就由国民会议从 5 个主要候选人中作出选择。这种程序最早是托克维尔参照美国宪法而提出建议的。见上书，第 213-214 页。

[24] E.N.Curtis, “The French Assembly of l848”, p.158。

[25]参见 Tocqueville,Recollections,p.268。他还把自己在制定这一条款的过程中扮演的角色称作是“我在那段时期中最不愉快的记忆。”见前书第 214 页。

[26]即使是在专门研究这一概念在法国之历史的著作中，也只是顺带地提到 1791 年宪法中的司法审查问题。见 Cappelletti and Adams, “Judicial Review of Legislation,” pp.1211-1212;Dietze, “America and Europe”,p.1239。

[27] 1791 年宪法，第 3 篇，第 5 章，第 3 条；《刑法典》（1810），第 127 条。人们拒斥司法审查的主要动因恐怕是来自于对旧制度下最高法院

的反感，而不是出于对美国观念的考虑。这个专题需要进一步的调查。

[28]Journal Officiel,March 12,1873,p.1707.这段插曲没有受到学术上的注意，我只能谈到这种程度。

[29]这一时期的支持者是 Jules Roche 和 Charles Benoist;见 Journal Officiel, January 28,1903。亦见 E.Lambert,Le gouvernement des juges et la lutte contre la legislation sociale aux Etats-Unis(Paris:M.Giard,1921)。

[30]只有在 Dietze 的“Judicial Review in Europe”中，才略微谈了一下学术争论的情况，甚至根本没有提到美国影响的问题。

[31]F.Larnaude, "Etude sur les garanties judiciaresqui existent dans certain pays au profit desparticuliers contre les actes du pouvoir legislatif", Bulletin de La Societe de Legislation comparee(1901-02),31:175。

[32]见 M.Thaller 在 Bulletin de la Societe de legislation comparee(1901-02),31:249 中撰文对 F.Larnaude 的“Etude sur les garanties”所作之答复。

[33]M.Haurion，Precis de droit constitionnel(Paris:Librairie der Recueil Sirey,1929),pp.266ff（简短地评述了美国制度）。

[34]G.Jeze, "Notions sur le contro-le des deliberations des assemblees deliberantes," Revue Generale d'administration(1985), vols.2-3;尤其是见于 3:162- 63。在他后来的“ Le controle juridictionnel de lois，” Revue du droit public（1924），41：399FF 一文中，Jeze 完全改变了自己的看法。

[35] F.Barthelemy, Traite elementaire de droitconstitutionnel (Paris: Dalloz, 1926)。

[36] L.Duguit, Traite de droit constitutionnel, 2ded.(Paris:E de Boccard, 1923),3:679;但请参见 1911 年第一版，P.1:159（Paris：Fontemeing，1911）。

[37]参见 F. Salleille 在 Bulletin de la Societe de legislation comparee(1901-02)， 31:240 中对 F.Larnaude 的“Etude sur les garanties”一文的答复。

[38]参见 Ph.Jalabert 在前书第 252 页对 F.Larnaude 的“Etude”的答复。

[39] 1925 年，就 1914 年 3 月 23 日颁布的法律之违宪性问题展开了一场讨论，Le Temps 杂志就此对 Barthelemy、Duguit、Mestre、Rolland 和 Haurion 进行了系列采访，主题便是司法审查。所有这些学者都发言赞同采取司法行动，并且都引述了美国的经验（见该杂志 1925 年 11 月 15、19、25 日，12 月 15、27 日）。

[40]参见 Thaller 的文章（注 32）;Haurion, Precis,pp. 339-340,612-637。还可以补充一条线索，就是 1875 年宪法对司法审查的宪法性支持。司法审查的支持者们或多或少都认识到：1789 年之后人们对法官们的抨击已不构成他们完成合宪性裁决的障碍，这种裁决被看作解决不同法律之间的矛盾的一种特例。

[41]除了上文已经引述过的文献外,还可以参见 P.Duez 在"Le controle

Juridictionned de la constitutinnalitedes lois en France”一文中对 Lambert 的批评，该文见 Melanges Maurice Haurion (Paris:Recueil Sirey,1929), p.24. Lambert 在上引 Le gouvernement des judges 一书第 467 页中都对此作了及时的应答。

[42]C.J.Friedrich，“The New French Constitution inPolitical and Historical Perspective,” Harv.L.Rev.(1959),72:801,814-816. 亦见 Friedrich 的 The Impact of American Constitutionalism Abroad (Boston:Boston University Press,1967),pp.24ff。

[43] M.Debre, La republique et son pouvoir(Paris:Nagel, 1950), pp.89- 96.亦可参见 A.Tunc 在“The Fifth Republic,the legislative power,and constitutional review,” Am.J.Comp.Law(1960),9:335,340.中值得怀疑的描述，据他说，第 16 条中规定的总统的紧急状态权曾经“确定无疑地……受到林肯和罗斯福当政时在美国发展起来的总统在国家危急时刻所享权力的原则之启发。”要想了解美国总统制及其在法兰西第四共和国为人们所渴望的情况，请参见 M.Duverger.La republique des citoyens(Paris:Ramsay,1983),pp.89ff。

[44]C.J.Friedrich 在“The New French Constitution”, Harv.L.Rev.(1958),72:819,1959 中怀疑欧洲作家们是否真正理解美国总统制。

M.Duverger 在 Institutions politiques et droit constitutionnel, 12th ed. (Paris:Presses Universitaires de France,1971),2:113 中认为法国制度是“介乎西欧议会制与美国总统制之间的半总统制。”

[45]前国民议会主席 M.Paretti 分别于 1963、1967、1968 和 1973 年提出此项建议。

[46] J.Cadart,“La transposition en France du regime presidentiel des Etats-Unis: Une operation difficile et risquee,” Melanges J.Lambert(1976), pp.559-615.Cadart 认为美国政治制度具有如此强烈的美国特性以至于它“显然从未被真正和持久地模仿过。”

[47] Friedrich 在“New French Constitution”,p.826 中认为该委员会“基本上是一个政治机构”；W.Pickles,“The French Constitution of October 4th,1958,” Public Law(1959),pp.228-278 中认为它不是一个法院而是“总统的一个从属机构”（P.288）。持同样观点的还有 R.Drago 的“General Comparative View of the French Constitution,” Ohio StateL.J.(1960),21:535,545ff。

[48] Decision of July 16,1971,Journal Officiel,1971(Lois et Decrets),7114.用英语写作的讨论文章有 F.E.Beardsley 的“The Constitutional Council and Constitutional Liberties in France,” Am.J.Comp.Law(1972),20:431。

[49] Ulrich Scheuner,“Constitutional Traditions in the United States and Germany,” in W.A.Kewenig,ed.,Deutsch-Amerikanisches Verfassungssymposium 1976(Berlin:Duncke and Humb lot,1978),pp.11-36.G.Ch.von Unruh,"Nordamerkanische Einflusse auf diedeutsche Verfassungssentwicklung," Deutsches Verwaltungsblatt, July 1, 1976, pp.455-464.E.Frankel, Amerika im Spiegel des deutschenpolitischen Denkens (Koln and Oppladen: Westdeutscher Verlag, 1959).G.Moltmann,"

200 Jahre U.S.A.:Eine Bilanz deutsch-amerikaniscber Beziehungen," Geschichte in Wissenschaft und Unterricht(1976),29:393-409。

[50] Horst Dippel, Germany and the American Revolution 1770-1800(Weisbaden:Steiner,1978).Dippel 以他的博士论文(Koln:1972)为基础完成的研究成果之最后版本只用英文出版了。

[51] Dippel 的书中有一份详尽无遗的书目（长达 47 页）。而且，他还以 595Americana Germanica 1770-1800:Bibliographie deutscher Amerikaliteratur 为题出版了一本详尽的当代资料目录(Stuttgart: F.B.Metzler, 1976)。特别值得一提的关于这一时期的其它著作还有用英文写的 E.E.Doll 的"American History as Interpreted by GermanHistorians from 1770-1815,"Transactions of the American Philosophical Society(1948),vol.38,Part 5,pp.421-534。

[52]唯一的一次模仿美国的尝试具有一种令人惊异的形式：利奥波德大公（后来的皇帝利奥波德二世）提出的托斯卡纳（后来成为哈布斯堡帝国的一部分)宪法方案。见 Dippel,Americana Germanica,P.342。据 Palmer 的 The Age of the Democratic Revolution,P.1:386 称，利奥波德听从 Mazzei 的劝说，以弗吉尼亚宪法作为范本，而 Ulrich Scheuner 在 Kewenig,Verfassungssymposium 1976,p.25 中则跟随 A.Wandruszka,Leopald Ⅱ(Wien:Verlag Herold,1965)，p.1:373 的说法，宣称宾夕法尼亚的范例才是决定性的。

[53]Dippel,Germany and the American Revolution,pp.274-278。

[54] E.G.Franz,Das' Amerikabild der deutschen Revolution von 1848(Heidelberg:C.Winter,1958) E.Angermann,"Der deutsche Frukonstitutionalmus und das amerikanische Vorbild," Historische Zeitschrift (1974),219:1-32. 其它涉及这一主题的作品有：A.Scholl,Einflus der nordamerikanischen Unionsverfassung auf die Verfassungdes Deutschen Reiches von 28 Marz 1849(Borna and Leipzig:Noske,19I3)(该书论述了 Paulskirche 会议的活动、移植美国宪法的支持者与反对者之间的冲突以及起草宪法的过程）； R. Marsh,The American Influence in German Liberalism before 1848, dissertation (Ann Arbor,Mich.:University Microfilms,1957);J.A.Hagwood,The Influence of American Ideas at Frankfurt am Main in 1848-49,M.A.thesis, University of London 1928（其中多有谬误）；参见 E.G.Franz.Das Amerikabild, p.80,n.30 th. Ellwein. Der Einfluss des nordamerikanischen Bundesverfassungsrechts auf die Verhandlungen der Frankfurter Nationalversammllung im Jahre 1848/49: Beitrag zur Geschichte der Bundesstaatstheorie, dissertation, Erlangen, 1950;G. Moltmann, Adantische Blockpolitik im 19 Jahrhundert：Die Verenugten Staaten und der deutsche Liberalismus wahred der Revolution von 1948 -49 (Dusseldorf: Droste Ve rlag 1973)。（一部关于这一时期德美关系的一般性著作）。R.Ullner 关于美国对统一时期德国联邦制之影响的论文对于研究早期问题也很重要；参见本文“统一时期”标题下的引注。

[55] E.Angermann,"Der deutsche Fruhkons-itutionalismus und das amerikanishe Vorhild,"p.8.

[56] G.Dietze,"Robert Von Mohl, GermanV's de Tocqueville," in G.Dietze, ed., Essays on the American Constitution (Englewood Cliffs, N.J.:Prentice Hall, 1964) ,pp.187-212.E.Angermann's Robert von Mohl 1977-1875 : Leben und Werk eines altliberalen Staatsgelehrten (Neuwied/Rhein:H.Luchterhand,1962).

[57]Robert von Mohl, Das Bundes-Staatsrecht der Vereinigten Staaten von Nord-Amerika (Stuttgart and Tubingen:J.G.Cotta, 1824).

[58] Mohl 为 F.Story 的 Commentaries, The Writings of John Marshall 以及其他美国人的著作撰写了书评，其中评 Story 著作的文章见于 Krit. Zeitschrift(1825), 7:1-26,评 John Marshall 作品的文章见于 Krit. Zeitschrift (1840) , vol.12。参见：Das Amerikabild, pp.78-79.

[59]有关这些译本及美国法理学之影响的情况，请参见：Franz, Das Amerikabild, PP.80-82。特别奇怪的是：在德国，只能见到法文本的《联邦党人文集》。 Franz, Das Amerikabild, p.78。

[60]同上，pp.138-139。

[61]关于国民会议的讨论，可以参见九卷本的 Stenogra-phischer Bericht uber die Verhandlungen der deutschen constituirenden Nationalversammlung zu Frankfurt am Main,ed,F.J.Wigard Wigard (Frankfurt am Main,1848-49;Leipzig:Druck von Breitkopf Hartel,(1848-49).委员会的讨论情况请见 Die Verhandlungen des-Verfassungs-Ausschusses der deutschen Nationalversammlung, ed.F. G.Droysen (Leipzig：Weidmann,1849)。

[62]O.Gierke, “German Constitutional Law in Its Relation to the American Constitution, ”Harv, L.Rev.(1910), 23:273.

[63]U. Scheuner, in Kewenig Verfassungssym posium 1976, p.27."Constitutional Traditions……"参见注 49.

[64]Rudolf Ullner, “Die Idee des Foderalismus im Jahrzehnt der deutschen Einigungskriege,” Historische Studien(Lubeck and Hamburg; Matthiesen 1965). vol.393.Ullner 的文章中有一份详尽的书目。

[65] H.Holborn,"The Influence of the American Constitution on the Weimar Constitution," in C.Read, ed., The Constitution Reconsidered(NewYork: Columbia University Press, 1938), pp.285-295.

[66]E.Fraenkel,"Das deutsche Wilsonbild." Jahrbuch fur Amerikastudien (1960),5:66-120.这篇论文的注释中列有详尽的参考文献目录。

[67]参见 Cappelletti and Adams," Judicial Review."还可参见 Dietze, “Judicial Review"and"America and Europe"。

[68]日本在政治舞台上与世隔绝的后果有一个生动的例证：当第一个日本使团来到西方并应邀亲聆一场议会辩论时，他们对此景象完全不能理解。关于他们对美国国会和英国议会的印象，请参阅：Shin'ichi Fujii, The Constitution of Japan: A Historical Survey(Tokyo: Hokuseido Press,1965), pp.8-12.即便是后来成为西方思想之主要阐释者的福泽谕吉，在他第一次参观美国国会时也显得十分茫然。同上书，P.10。

[69]例如，明治早期的重要政治家大久保利通就持这种观点，这是他于

1871-73 年随岩仓具视使团访美后根据其观察而得出的结论。参见 Fujii, Constitution of Japan,p.76。大久保利通的意见表达在一封信中，这封日文信见于 Yasuzo Suzuki, Nihon Kempo Shi[日本宪政史](1950), P.25.

[70]在此处及本文的其它地方，所有的一般性描述都主要针对的是西文文献，而不是我自己无法阅读的日文文献。

[71] Inazo(Ota) Nitobe, The Intercourse Between the United States and Japan (Baltimore:Johns Hopkins University Press,189),不过， Nitobe 的书中未曾提供关于特定美国人在日本人生活的许多层面发挥影响的有趣资料。

[72]有关美国对日本的总体性文化影响的讨论见于 E. Seidensticker,"The Image,"in H.Passin,ed.,The United States and Japan(Englewood Cliffs,N.J.:Prentice-Hall,1966),pp.1-28.西方影响的大致轮廓见于 G.B.Sansom,The Western World and Japan(New York:Knopf,1950)。

[73]若想阅读一个使团成员古怪的印象素描，请参见 M.G.Mori,ed.The First Japanese Mission to America(1860),Being a Diary Kept by a Member of the Embassy(New York: F.A.Stokes,1938)。日本人的报道请见 Takeki Osatake,Iteki no Kuni-e:Bakumatsu Kengai Shisetsu[异国行：幕府使团海外见闻录](Tokyo:1929)

[74]The Autobiography of Fukuzawa Yukichi(Tokyo:Hokuseido Press,1947)是以英文写作的。要概括地了解他的政治观点,请参阅 :J.Pittau, Political Thought in Early Meiji Japan 1868-1889(Cambridge: Harvard University Press,1976),pp.61-65,114-118.

[75]E.O.Reischauer,Japan Past and Present, 3d ed.(New York: Knopf.1964), p.145:K.K.Kawakami, The Political Ideas of Modern Japan(Tokyo: Shokwabo, 1903),pp.98-99.

[76] Pittau, Political Thought,pp.14-15.也可参阅上书 p.219, n.20 中所列的日文资料。

[77] W.W. McLaren, ed.,Japanese Government Documents, 1867-1889(Tokyo: Asiatic Society of Japan, 1914)(Transactions of the Asiatic Society of Japan,vol.42, part l).此书中有一份有用的文献索引。

[78] E. G.Pittau, Political Thought, pp.16-17; Ryosuke Ishii, AHistory of Political Institutions in Japan（Tokyo: University of TokyoPress 1980）， p. 98. 在日文资料中，请参阅 Masatsugu Inada，MeijiKempo Seiritsu Shi[明治宪法起草史]（Tokyo: 1960），1：27-30。

[80] Ike, Beginnings， p. 37.Ike 进一步引用了 Jintaro Fujii 和 Hidesuke Moriya 的 Sogo Nihon Shi Taikei: Meiji Jidai Shi [日本史综览：明治时期] （Tokyo: 1934）， p. 221。但是，在有关哪些人参加了起草活动的报告中存在一些歧异:Ike 提到福冈和福岛（来自佐贺的大名）；其他人——Pittau, Political Thought；G.G.Beckmann, The Making of the MenConstitution（Lawrence: University of Kansas Press， 1957）， p. 8——则不曾提到福岛，而代之以副岛种臣（美国宪法的鼓吹者）。

[81]若想进一步了解不甚成功的下院的历史，请参见：Ike，

Beginnings，pp.37-39 及其中引用的日文资料（还可参见上书 pp. 39-40 及其中引述的关于地方议会的论述）。也可对照 Beckmann 的 TheMaking of the Meiji Constitution， pp. 8-11 来看（此书中有一份有用的参考书目）。

[82] 参见: Pittau， Political Thought， pp. 16-19 及其中引用的材料，以获得更为具体的描述。Pittau 还发现真正的分权并不见容于起草者的意图（p.18）。

[83] 除了在 1869 年为任命一些官员外（彼时，选举帮助将一些老封建贵族从官位上挪走），投票权事实上再也没有在全国层次上应用过。参见上书，P. 17；Ryosuke Ishii， Meiji Bunkashi：Hoseihen[明治文化史: 法律制度]（Tokyo: Pan-Pacific Press， 1954），P. 112。

[84] 有许多权威著作是在这种框架中展开论述的。参见: Pittau， Political Thought；Beckmann， The Makings of the Meiji Constitution，Ike， Beginnings.亦见: W. W. MeLaren， A Political History ofJapan During the Meiji Era: 1867-1912（ New York: Scribner，1916）and K. Colgrove，“The Japanese Constitution，” Am.Pol.Sci.Rev.（1937），31：1027-1049。

[85]有关这些人的资料，可以在 Pittau 的 Political Thought 中找到。

[86] Ike，Beginnings，p. 174 中认为追随普鲁士模式的决定早在伊藤离开之前就作出了。 Kichisaburo Nakamura 在 The Formation of Modern Japan （Tokyo:Centre for East Asian Cul-tural Studies，1962），p.62 中写到:伊藤在离开之前提出建议说:“观察德国，那里的国家政体最近似于日本”，后来这句话被改成“参观欧洲宪政国家”，以避免批评。

[87] 请参见 Fujii， Constitution of Japan， pp. 170-171 中有些歪曲的解说；也可参阅:G.Akita，Foundations of Constitutional Government in Modern Japan， 1868- 1900(Cambridge: Harvard University Press，1967），以及那里引用的日文资料（p. 236，n. 43）。（Akita 的书中有一份很好的文献索引）。

[88] Kengi Hamada， Prince Ito（Tokyo: Sanseido， 1936）， p. 62.（这是一部不加批判和审视的著作）。

[89] H. S. Quigley， Japanese Government and Politics（ New York and London: Century， 1932）， pp.39-40； Quigley 的阐述是以明治宪法的另一个重要起草人——金子坚太郎的报告为根据的。还可参阅:Ikuji Watanabe， Nihon Kempo Seitei Shiko [起草日本宪法的历史] （Tokyo: 1937），p.127。

[90]参见:Inada，Meiji Kempo，2:895。

[91] Inada，Meiji Kempo， 2:909. Ike，Beginnings，pp. 177-178 中引用了 Takeki Osatake 的 Nihon Kensei Shi Taiko [日本宪政史大纲]（Tokyo:1938），2:726，告诉我们:《联邦党人文集》和孟德斯鸠《论法的精神》是 1887 年夏天在伊藤家中可以发现的唯一两本可资利用的参考书，明治宪法第四草案正是在那里写成的。Quigley，Japanese Government，pp.39-40，认定《联邦党人文集》在实质内容方面对伊藤的影响主要是消极的，但在建议起草方式和讨论程序方面则起到了积极的作用。

[92] 参见:M.J. Mayo， The Iwakura Embassy and the Unequal Treaties，1871-73（Ann Arbor， Mich.: University Microfilms，196）。

[93] 参见 Pittau，Political Thought，pp. 41ff 及其中引用的资料。

[94] 同上，pp.48ff。

[95] Fujii，Constitution of Japan，p.76。

[96] Hideo Tanaka，The Japanese Legal System：Introductory Cases and Materials（Tokyo： University of Tokyo Press， 1976）， p.626（其中收录了 Kenzo Takayanagi 的“A Century of Innovation:The Development of Japanese Law， 1868-196”， in A.T. von Mebren，ed.，Law in Japan [Cambridge: Harvard University Press， 1963]）.据说，金子坚太郎“从他对描述 1797 年制宪会议的文献的研究中获得启发，而产生了起草宪法中的绝密观念。”E.H.Norman，Origins of the Modern Japanese State（New York:Pantheon Books，1975），pp. 294-295，n.45。

[97] 参见:Fujii，Constitution of Japan，p.109。

[98] Tanaka,Japanese Legal System， pp. 623-26.金子坚太郎在他的 Kempo Seitei To Obeijin No Hyoron（宪法的制定与欧美人意见）（Tokyo: 1938），pp. 177-351 中描述了西方人的见解。西方人意见对日本起草者的重要性可以从伊藤对金子坚太郎报告的反应之中看出；参见 Akita，Foundations，p.13，其中引用了金子坚太郎日文报告原文。

[99] “关于战后日本的最有创意的新事实恐怕就是它受美国影响的程度。目前日本的政府、法律、外交政策、教育、科技、公共卫生、品味、价值观、言辞，甚至衣食都受到美国人主导的军事占领期国家经验的深刻影响。”R. E. Ward，“The Legacy of the Occupation，”in Passin， The United Stated and Japan.遗憾的是， Ward 论文的其余部分并未谈到这种影响的细节。

[100] 若是算上日文资料，情况就有些不同了，这主要应归功于日本国会宪法委员会的工作（参见后面的注 116 和 122）。这里的评论主要集中于可用的欧文著述，只利用了一些同日文资料有关的二手信息。最常被引用的涉及这个主题的日文作品有：Kenzo Takanayagi 等人编写的 Nihonkoku Kempo Seitei No Katei [日本宪法的制定]，2 卷本，（1972）（第一卷收录了有关文件，第二卷是评论和历史）；TatsuoSato， Nihonkoku Kempo Sheritsu [制定日本宪法的历史]，2 卷（1962，1964）。标准的日本宪法学著作目录见于:L.W.Beer andHidenori Tomatsu，“A Guide to the Study of Japanese Law，”（ 1975），23:284- 322。

[101] Th. H. McNelly，“Domestic and International Influences onConstitutional Division in Japan 1945-1946”，Ph.D.dissertation，Columbia University， 1952.当时，不仅大多数回忆录尚未写出，主要的参与者也未受到采访。MeNelly 主要依靠的是呈现在 SCAP 报告中的官方说法，其中没有包括 1946 年 2 月 13 日递交给日本政府的美国草案。参见：SCAP，Government Secton， PoliticalReorientation of Japan（Washington， D. C.: GPO， 1950）。

[102] 参见： SCAP， Political Reorientation， 2: 657。 SCAP 对任何一项提及美国人起草日本宪法之事的新闻报道都加以审查。H.E.Wildes， Typhoon in Tokyo: The Occupation and Its Aftermath（NewYork: MacMillan. 1954）， pp. 45-46。

[103] Oppler 本人没有参与起草日本宪法，但他在改革日本法律制度方

面扮演了一个重要角色。除了正文中提到的英文出版物外，还有这样两份资料:由 Marlene J.Mayo 指导的马里兰大学“盟军占领日本的口述历史”项目，其中包括对一些重要参与者的采访；还有 Journal of TokyoKeizai University（Novermber 1986）上发表的（用日文写的）一篇采访录:“凯德斯对占领日本时期往事的回忆”，是 Eiji Takemae 对管理部公共行政组前负责人 Charles Kades 的采访。

[104] Shigeru Yoshida， The Yoshida Memoirs: The Story of Japan in Crisis（Boston: Houghton Mifflin， 1962）.一份很好的关于占领期的英文资料的索引可以见于 J. Williams， Sr.，Japan’s Political RevolutionUnder MacArthur（Athens: University of Georgia Press，1979）pp. 293-297.最重要的日文资料是宪法委员会的报告，参见注 116。

[105] 盟军在打败日本之前就已经开始策划改革日本制度。关于这些计划,可以参阅以此为主题的 R.E.Ward’s “Presur-render Planning:Treatment of the Emperor and Constitutional Changes，” in R. E. Ward andYoshikazu Sakamoto,Democratizing Japan ;The Allied Occupation (Honolulu,1987),pp.1-41.这些文集中的大多数文章都列有有用的参考书目。

[106] McNelly 在 Domestic and International Influences， p.46 中指出:麦克阿瑟对近卫的排斥在一定程度上是作为一种消除国务院(近卫与其在东京的代表有所接触）对日本内政之影响的手段。

[107] 在上书 pp.161-162 中列有美国起草人的名单，从那里我们还得知他们当中没有一个是宪法专家，没有一个人被列入 1948 年“美国政治科学协会”指南，而且只有一人是远东专家。关于大多数起草者的详细资料可以见于: Williams的Japan’s Political Revolution，pp.33-97和A. C. Oppler 的 Legal Reform in Occupied Japan， pp. 25-33. 1946 年 2 月 13 日那份所谓的“麦克阿瑟草案”没有被印在 SCAP 的 Politi- cal Reorientation of Japan 中，显然是为了掩饰随后的日本人投入之少。这份草案后来发表于日文资料中，并可见于 Tatsuo Sato，“The Originand Development of the Draft Gonstitution of Japan，” Contemporary Japan (1956),34:188-199。Sato 的文章还简要解说了起草和通过的过程；参见 pp.175-187，371-378。

[108]参见:McNelly，Domestic and International Influences，pp. 203-206.Wildes 在 Typhoon p.4 中指出了苏联宪法的一些影响。要看更一般性的评述，请参阅: Th. H. McNelly，“American Political Traditions andJapan’s Postwar Constitution，”（1977-78）， 140: 58-66。

[109] 参见:R.E.Ward，“The Origins of the Present Japanese Constitution，”Am.Pol.Sci.Rev.(1956),50:1006-1007;McNelly,Domestic and International Influences， pp. 193-94.H.S. Quigley and J. E. Turner，The New Japan: Government and Politics（ Minneapolis: University of Minnesota Press， 1956）， 151，那里引用了一个曾参加对新宪法进行表决的日本议员的话，此人认为它缺乏一种“值得传之后世的风格”。要看一般性的评介，请见: Hideo Tanaka，“The Conflict Between Two LegalTraditions in Making the Constitutionof Japan，” inWard andSakamoto，Democratizing Japan， pp.107-132。

[110]参见:Th.H.McNelly， “The Japanese Constitution: Childof the Cold War，” Pol.Sci.Q.74(1959),74: 177-195;Ward，“Origins，”pp.987ff；

Quigley and Tumer， New Japan，pp.121ff；Oppler，LegalReform.pp.44ff（其中引用了麦克阿瑟和惠特尼对日本宪法委员会探询的回答）；Williams，Japan's Political Revolution，pp.104ff；CourtneyWhitney，MacArthur:HisRendezvouswithHistory（NewYork:Knopf.1956）， pp.246-247。关于麦克阿瑟同 FEC 的联系（或是相当缺乏这种联系），请见:McNelly，Domesticand International Influences，pp.213-269，以及同一作者的"Induced Revolution: The Policy and Processof Constitutional Reformin Occupied Japan," in Wardand Sakamoto，Democratizing Japan，pp.76-106；一般性的情况亦可参见同一集子中的:Yoshikazu Sakamoto，" The Intermational Context of the Occupation of Japan，" pp.42-75。

[111] Whitney Williams 和 Oppler 持这种立场。

[112] Ward、Quigley 和 Turner 持这种立场。居中的是 McNelly 在其' The Japanese Constitution: Childof the Cold War " 中表达的似乎最为客观的观点。

[113] 这是 1945 年 " 波茨坦公告 " 中的语句。这份以及其它重要文件收录于:U.S.Department of State，Occupation of Japan: Policy and Progress（Washington， D.C.:GPO，1946。）

[114] Th.H.McNelly，" The Renunciation of warin the Japanese Constitution，" Pol.Sci.Q. （1956），77:350-378。

[115]关于麦克阿瑟，请参阅他的《回忆录》，pp.302-303 和《美国新闻与世界报道》， May18，1951， p.60。关于惠特尼，请参阅 MacArthur:His Rendezvous with History，pp.257-258。关于币原喜重郎，请参阅:Gaiko GojuNen [五十年外交]（Tokyo，1951）。

[116]参见:MeNelly，" The Renunciation of War，" p.359，n.15；J.M.Maki， ed.，Japan ' s Commission on the Constitution: The Final Report（Seattle， Wash.: and London；University of Washington Press 1980），pp.74-75。

[117] Whitney， McArthur，p.251。

[118] 同上， PP， 250-251:SCAP Political Reorientationof Japan，1: 105。

[119] 惠特尼对天皇的品头论足在 Ward 的" Origins，" pp. 997， 999 及其中引用的资料中被披露得最为难堪，尤其是 Tatsuo Sato 关于日本宪法形成史的日文文章 " Nihonuokoku Kempo Seiritsushi， " Jurisuto（1955-58），nos. 81-88， 90-94， 96， 97， 99，101- 123， 125-129，133-137， 139-141， 143， 145-148（此文转过来又是以松本蒸治的回忆录为依据的）。

[120] 此事在宪法委员会报告中得到讨论（pp.75-77 of Maki，Japan ' s Commission）。惠特尼和麦克阿瑟拒绝会见该委员会的研究组，但对他们的问题提供了书面答案。 Kenzo Takayanagi（该委员会主席）在 " Some Reminiscences of Japan 's Commission on the Constitution，"Wash. L.Rev.（1968），43:961-978，reprinted in D.F.Henderson，ed.，The Constitution of Japan（Seattle，Wash.and London:University of Washington Press，1968)中表达了他的这样一种怀疑:惠待尼是否曾经说过松本加之于他的那些话。胁迫的问题在 J.Williams 的" Making the Japanese Constitution:A

Further Look，”Am，Pol，Sci.Rev.（1965）.59:665-679 中得到更全面的论述。

[121]Maki，Japan ’s Commission，pp. 75-77.

[122] 这个委员会受到社会主义分子和一些权威宪法学教授的抵制。参见:K. Matsumoto，“The Question of Constitutional Revision in Japan，” in K.D. Bracher et al.， Die Moderne Democratie and ihr Recht: Festschrift fur Cerhard Leibholz（Tubingen:F.B.C.Mohr，1966），2:851-876。除了 Maki 的 Japan’s Commission 之外， Takavanagi，“Some Reminisc-ences”；Teruva Abe，“Die Entwicklung des japanischen Verfassungsrecht seit 1952，”Jahrbuch des Offentlichen Rechts der Gegenwart，(1966)，15: 513，545-565；J.M. Maki，“Documents of Japan’s Commission on theConstitution，” in Henderson， Constitution of Japan， pp.279-299； H. S.Quigley，“Revising the Japanese Constitution，”Foreign Affairs（1959- 60），38:140-145；D.A.Titus，“Japan ’s Commission on the Constitution: The Final Report，” N.Y.U.J.Int. Law& Pol.，（1982），14:701-723 等等也讨论了该委员会的工作。该委员会报告的全文见于日本政府编辑的题为 Kempo Chosakai Hokokusho 的 版本。

[123] 参见:Maki，Japan’s Commission，以及松本（该委员会成员）的作品； Matsumoto，“The Question of Cons-titutional Revision。”

[124] 社会主义者的抵制使这个委员会更易于滑向修正论，这是一些文献为我们提供的值得注意的事实。参见:Matsumoto，“The Question of Constitutional Revision，”p.854。但的确有许多声音向这部新宪法的基本条款提出质疑。关于天皇地位的讨论，请参阅:K.Kawai，“Sovereignty and Democracy in the Japanese Constitution，”Am.Pol.Sci.Rev.（1955），49: 663-672。Kawai 关于占领期的著作 Japan’s American Interlude(Chicago: University of Chicago Press， 1960）被认为是最可信的，其中也含有类似的批评。

[125] 关于新的宪政秩序同日本民法法系传统之间的关系，请参阅:Oppler 的 Legal Reform 和 K. Steiner 的“The Occupation and theReform of the Japanese Civil Code，”in Ward and Sakamoto，Democratizing Japan， pp. 188-220。通常很难决定是否将一本关于战后日本的特定著作列入有关美国宪法影响的书目中，因为这类著作中几乎没有能够完全不谈占领期基本政策的。不过，作为特例，我应当提一下 J. H. Maki 的 Government and Politics in Japan（New York: Praeger 1962）和 Kurt Steiner 的 Local Government in Japan（Stanford， Calif: Stanford University Press，1965），两本书都提供了对当代政治结构的历史透视。

[126] D. F.Henderson， ed. The Constitution of Japan: Its First TwentyYears，1947-67（Seattle and London: University of Washington Press，1968）.这部文集中只有一篇文章曾在 Wash.L.Rev.（1968），vol.43 上发表过。亦可参见: von Mehren， Law in Japan。

[127] Series of Prominent Judgments Upon Question of Constitutionality（日本最高法院自 1954 年以来定期发表的审判意见的汇编）；J.M. Maki， Court and Consti-tution in Japan: Selected

SupremeCourt Decisions in Japan, 1948-1960（Seattle: University of Washington Press, 1964）; H. Itoh and L. W. Beer，The Constitutional Case Law of Japan；Selected Supreme Court Decisions，1961-70（ Seattle and London: University of Washington Press，1978）（其中有一份提到许多日文资料的书目）。

[128] Tanaka, Japanese Legal System；此书中有许多有趣的非案例素材（特别是关于外国渊源对日本法律的影响）和有用的参考文献目录。

[129] N. Ukai 的“ The Significance of the Reception of American Constitutional Institutions and Ideas in Japan，”in L.W. Beer, ed., Constitutionalism in Asia （ Berkeley and Los Angeles and London:University of California Press，1979）, pp. 114-127，也对美国影响作了一般性简短评述。

[130] 请参阅:D.F.Henderson，“ Japanese Judicial Review of Legislation:TheFirst Twenty Years ”；K. Yokota，“ Political Questions and Judicial Review:A Comparison ”: I. Stoa，“ Treaties and the Constitution ”；and I. Ogawa，“ Judicial Review of Administrative Actions in Japan，”all in Henderson，Constitution of Japan。

[131] N. L. Nathanson，“ Constitutional Adjudication in Japan，” Am. J.Comp.Law（1958） 1: 195. Kakudo Toyoji “ The Doctrine of JudicialReview in Japan，”Osaka Univ.L.Rev.（1953），2:59，这篇文章现在已经完全过时了。

[132]L. W. Beer, Freedom of Expression in Japan（ New York andTokyo；Kodansha International，1984）；and L. W. Beer，“ ThePublic Welfare Standard and Freedom of Expression in Japan，”inHenderson，Constitution of Japan.

[133] Chin Kim，“ Constitution and Obscentiy: Japan and the U. S. A.，”Am.J. Comp.Law255（1975），23: 255。

[134] N.L. Nathanson，“ Gonstitutional Protection of Freedom of Assembly，”Int.Comp.Law Q.（1963），12:1032.在讨论美国对表达自由之影响的文献中，可以参阅 Yasuhiro Okudaira 写的一章，在 Jiro Tanaka 主编的 Nihonkoku Kempo Taikei [日本宪法资料全编]（1965），vol.7，part.1，pp. 53-143 中；还有 Horibe Masao 在 Jurisuto（1970），600:163-171 上发表的一篇论文。

[135] 如果需要一份到1973年为止的关于日本法的欧文出版物的完整目录，请参阅: R. Coleman and J. O.Haley，AnIndex to Japanese Law: ABibliography of Western Materials 1867-1973，作为《日本法》的年度专号出版（1975）。

[136]参见前面关于日本的论述。对日本和德国加以区别对待的原因是非常复杂的。首先，美国人在日本或多或少可以放手去干，而在德国他们则不得不与盟国分享权力（来自华盛顿的监督水平以及主要角色的个人特性等方面的差异也在其中起到了一定作用）。其次，在德国基本法的通过与日本宪法的颁布之间相隔的两年时间里，国际风云发生了急剧变化，加上德国在战后世界的地位，使德国人有了更多的谈判优势。（关于冷战对日本的影响，请参阅 Sakamoto 的“ International Context ”。）但是，其它的各种因素

可能也同样重要，而且，它们肯定与占领者希望在多大程度上贴近当地传统来完成其目标的观点有关。这些观点的准确程度或是受先入之见或无知蒙蔽的程度（以及占领者在认识自己的目标时所获信息的完善程度）都是不对两次占领进行全面研究便无法回答的问题。

[137] 对西德的占领从 1945 年持续到 1952 年 5 月 26 日——这一天，这个联邦共和国获得了内政、外交上充分独立的权力，只除了《三国与德意志联邦共和国关系公约》中规定的几项例外。公约全文以及同占领有关的其它重要文件见于 E. H. Litchfield 等人编著的 Governing Postwar Germany（Ithaca: Cornell University Press， 1953）中的附录 A-N。关于各占领方在联邦宪法之前颁布的区域性宪法，请参见: E. H. Litchfield et al.，Governing Postwar Germany（Ithaca: Cornell University Press， 1953）。Documents on the Creation ofthe German Federal Constitution（Frankfurt:OOffice of U.S.HighCommissioner for Germany， 1949）. H. O. Lewis， New Constitutions inOccupied Germany（ Washington， D.C.: Foundation for ForeignAffairs，1948）。占领期可以进一步分成这样两个时期:一是 1949 年 5 月 12 日《占领法》生效以前的时期，此时，西方势力在德国进行着非常广泛的控制；再就是这部法律以及《基本法》生效（1949 年 5 月 23 日）以后的时期，这时，占领军的作用逐渐变得极为有限。

[138] R. L. Meritt，“American Influences in the Occupation of Germany，”Annals of the American Academy of Political and Social Science（November 1976）， vol.428。由于缺乏实证材料， Meritt 文章中的许多说法不足采信。特别有趣的是他宣称（在 p.97）:“杰出的美国学者和公务员作为议会委员会委员的顾问不断发挥着实质性的作用。其中之一就是提出了‘推定不信任票’的概念。”我无法找到其它的佐证来支持这一可疑的说法，但如果它是对的，就可以显示出基本法起草过程本身受确定的美国影响之可能性（而不像本文中所论述的那样只有通过军事管理官员的交流而产生的影响）。

[139] G. A. Almond， ed.， The Struggle for Democracy in Germany（1949；rpt.，New York；Russell and Russell，1965）；L.D.Clay，Decision in Germany（Garden City， N. Y. : Doubleday， 1950）（前面已引用过 Litchfield 的作品。）

[140] P. H. Merkl， The Origin of the West Germ an Republic（ NewYork:Oxford University Press，1963），Merkl 的书中也有一份有用的参考书目。

[141]C.Menck，“The Problem of Reorientation，”in Almond，ed.，TheStruggle for Democracy in Germany， p.296。

[142]用“基本法”(Grundgesetz) 这一名称来代替“宪法”(Verfassung) 是德国人所坚持的选择，他们要为未来的统一的德国保留“宪法”这一术语。

[143]J. D. Golay，The Founding of the Federal Republic of Germany（Chicago: University of Chicago Press，1958）.请对照 Litchfield，Governing Postwar Germany，pp.117-151 中 Friedrich 的论文和 Merkl 的“Origins”（特别是 pp.97-127）来看。

[144] Friedrich，The Impact of the American Constitution Abroad（Boston: University Press，1967）， p. 106，n.61.

[145] 一份所有最重要文件和速记记录的目录见于 Golay，Founding，pp.276-278.亦可参见：K. B. von Doemming， R.W. Fusslein， and W.Matz，Entstehunggeschichte der Artikel des Grundgesetzes，Jahrbuch des Offentlichen Rechts der Gegenwrat （1951），Neue Folge， Band 1。

[146] Friedrich 对美国在这一领域所起作用提出了批评，参见:Litchfield,Governing Postwar Germany，p. 127，and Merkl，Origin，pp. 117-127。要想多了解一些晚近的发展，请参阅：R. T. Cole，“West German Federalism Revisited，” Am.J.Comp.Law（1975），23: 325。

[147]要了解一个屈从于这种诱惑的实例，请参阅:A·Lenhoff，“The German （Bonn） Constitution with Comparative Glances at the French and Italian Constitutions，”Tulane L.Rev.(1949)，24:1。

[148] Golay， Founding，pp. 176ff.

[149] T.Cole,“Three Constiutional Courts:A Comparison，” Am.Pol. Sci. Rev.（1959），53: 963， 967；F.Benda，“New Tendencies in the Development of Fundamental Rights in the Federal Republic of Germany，”John Marshall Journal of Practice and Procedure （1977），11: 1；R. F. Barnet，“The Protection of Constitutional Rights in Germany，” Virg. L. Rev.（1959） 45: 1139； Kommers， “Judicial Review:Its Influence Abroad.”

[150] 除了上面提到的那些资料，还可以参阅：M·Cappelletti and F. C.Adams.“Judicial Review of Legislation”；G.Dietze,“JudicialReview in Europe”； G. Dietze，“America and Europe”； and vonMehren，“Constitutionalism in Germany: The First Decision of theNew Constitutional Court，” Am. J. Comp.Law （1952）， 1: 70。

[151]大量比较性的评论涉及一项关于堕胎问题的德国判决：Judgment ofFebruary 25，1975， 39 BVerfGE 1.参阅:H. Gerstein and D.Lowry，“Abortion， Abstract Norms， and Social Control: The Decision of the WestGerman Federal Constitutional Court，”Emory L.J.(1976)，25: 899；E. Benda，“The Impact of Constitutional Law on the Protection ofUnborn Human Life: Some Comparative Remarks，” Human Rights（1977），6: 223；H. P.Glenn，“The Constitutonal Validity of AbortionLegislation: United States and West Germany，” Am. J. Comp. L.（1977），25: 255；D. Gorby and R.E.Jonas，“West German AbortionDecision:A Contrast to Roe v.Wade，”John Marshall Journal（1976），9: 551。在言论自由方面，值得注意的是：D. P. Kommers，“TheJurisprudence of Free Speech in the United States and the Federal Republicof Germany，” So.Cal. L. Rev.（1980），53: 657。

[152] 参见：D. P. Kommers，“The Value of Comparative ConstitutionalLaw，” John Marshall Journal（1976），9: 685， 694。

[153] 同上。上面引用过他几篇文章的 E.Benda 是宪法法院院长。他的同事 H. G. Rupp 也写了一系列文章，发表在美国期刊上，其中引用了许多美国判例。

[154] Kommers，“Value.”

[155]虽然并不是一下子就同美国宪法的影响绑到了一起，人们还是可以

看到一系列讨论战后德国之“美国化”的文章，发表于 Jahrbuch FurAmerikastudien（1963），8:13-135.它们分别阐述了“美国化”这一概念（A.Bergstraser）、美国对教育的影响（R. Haas）、美国对德国语言的影响（B. Carstensen； H. Galinski）以及德国学校中的美国表象和印记（R.Schneider；K.Blohm；H.J.Lang；R.Haas）。

[156] G. Fischer, Un cas de decolonisation: Les Etats Unis et Les Philippines（Paris: Librairie generale de droit et de Jurisprudence, 1960）；G. E.Taylor, The Philippines and the United States:Problems of Partnership（New York and London:Praeger, for the Council on Foreign Relations, 1964）.要看一部涉及一般性的美国影响的著作，请参阅:Th. A.Agoncillo and M.C.Guerrero, History of the Filipino People, 4th ed.（Quezon City: R. P. Garcia, 1973）。参见:L. E.Gleeck,American Institutions in the Philippines,1898-1941(Manila: Historical Conservation Society, 1976）。还可参见:J.H. Blount, American Occupation of the Philippines: 1888-1912（Quezon City: Malaya Books, 1968）。

[157] J. B. Abueva, “Filipino Democracy and the American Legacy,” The Annalsof the Academan Academy of Political and Social Science（November 1976）, 1428:114-133.

[158] S.P.Lopez, “The Colonial Relationship,” in F.H. Golay, ed., The United States and the Philippines（Englewood Cliffs, N.J.:Prentice Hall, 1966）, pp.7-31.要了解共产主义者的看法，请参阅: W. J. Pomeroy, An American- Made Tragedy: Neocolonialisn and Dictatorship in the Philippines（New York:Internaitonal Publishers, 1974）。

[159]《马洛洛斯宪法》及其它重要文件收录于 D. Macapagal 的 A NewConstitution for the Philippines（Quezon City；Macmillan, 1970）.关于它的鼓舞作用,请参阅: C.A. Majul, The Political andConstitutional Ideas of the Philippine Revolution（Quezon City；University of the Philippimes Press, 1957）。亦可参阅:J.G.Bernas, A Historical and Juridical Study of the Philippine Bill ofRights（Manila；Ateneo University Press, 1971）, pp.2-17，其中阐述了美国占领之前的其它宪法建议。

[160]Lopez, “The Colonial Relationship,”pp.11-14；Taylor, Problemsof Partnership, pp. 5-56.Cf.also Pomeroy, American-MadeTragedy, pp. 7-8。

[161]参见： Bernas, Historical and Juridical Study, p. 14, 及其中引用的资料。这项指令的原文及其它宪法性文件见于:J.M. Aruego, The Framing of the Philippine Constitution（Manila；UniversityPublishing, 1949）, 2: 755-1087。

[162] Bernas, Historical and Juridical Study, passim，在论述到 1971 年为止的菲律宾法律时，他分别谈到了人权、与指令中相关段落对应的序言中的每一部分、1902 年“菲律宾法案”、1916 年“琼斯法案”以及 1935 年宪法。“权利法案”得以保留，只作了稍许改变，它成为 1973 年和 1981

年宪法的一部分，虽然自 1972 年宣布戒严令之后、直到最近马科斯政权被推翻，“ 权利法案 ” 的实效就像承载它的纸张一样薄弱。

[163] 参见：E. M. Fernando，“ An Asian Perspective on the American Cons-titutional Influence in Asia: Its Impact on the Philippine System，”MalayaL.Rev.（1976），18:281，311。这篇文章的缩写后来收录于 Beer 编的 Constitu-tionalism in Asia，标题改为“ The American ConstitutionalImpact on the Philippine Legal System ”。关于 1935 年宪法起草过程的细节描述，请见 Aruego 的 Framing。

[164]从这样一些作品中: W.J. Butler 等， The Decline of Democracy in thePhilippine（Geneva: Internaitonal Commission of Jurists，1977）；R.P.Claude，“ The Decline of Human Rights in the Republic of the Philippines: ACase Study，” N.Y.U.L. Rev.（1978）， 24: 201；M.O.Caballes，“ A Reassessment of the Presidency in the Light of the 1981 Amendments，”Philippine L.J.（1981），56:252，人们可以明显看出:早在最近阿基诺政府建立之前,菲律宾的宪政体制就已经远远偏离了它的美国原型。

[165] Fernando，“ An Asian Perspective，”是一个最重要的例外。同样非常有趣的是：P. A. Agabin 的“ Laissez-faire and the Due ProcessClause:How Economic Ideology Affects Constitutional Development，”Philippine L.J.（1969）， 44: 709-728。

[166] 这并不是说一项对各个法律部门引用美国先例的次数进行定量分析的经验性研究没有其意义。

[167] R. G. Martin， Philippine Constitutional Law（Manila: Ph-ilippineGraphic Arts， Caloocan， Rizal， 1960）.其它对美国渊源持类似态度的论文还有:L.M.Tanada and F.Carreon，Political Law of thePhilippines（Manila；Central Book Supply，1962）；N.A. Gonzales，Philippine Political Law（Manial，R& X Bookstore 1966） ；甚至更晚一些的 E. M. Fernando， The Constitution of the Philippines（QuezonCity；Central Lawbook Publishing Company 1974)(讨论的是 1973 年宪法）。论述一些选出的专题的文献有: P.V. Fernandez，“ Freedomof the Press in the Philippines，” Philippine L. J.（1968）， 33: 473-495；J. H. Romani，The Philippime Presidency（Manila: Institute ofPublic Administration，University of the Philippimes 1956）。

[168] Ferdinand E. Marcos， F. E.Marcos on Law，Development，andHuman Rights（ Quezon City， University of the Philippimes LawCentre， 1978）， pp. 3， 4，9.

[169] Taylor 的 Problems of Partnership，pp.57-91 仍然是我们迄今所能见到的最佳论述。也可参见: Lopez，“ The Colonial Relationship，” pp. 19-29。提到的原因中有这样几条:缺乏对地方政府的重视（过度集中）、经济上过分依赖美国以及过分机械的照搬美国经济模式。

[170] Taylor， Problems of Partmership， p. 70。

[171]这并不是说在英国不存在美国宪法的影响,也不是说这不值得进一步研究，只是指出这项任务可能具有的难度。有些影响可能体现为美国法律解释对英国关于个人权利的判例和立法的渗透。在极少几篇论及这一问题的

作品中，有 J.B. Elkind 编的 J.B.Elkind， ed.， The Impact of American Law on English andCommonwealth Law（St. Paul: West，1978），ch. 2: “RaceRelations:Repeated Intervention，”pp.32-94。（Elkind 的书从总体上来说很有用，但在阐述澳大利亚的情况方面则价值有限，因为它没有谈到联邦制方面的美国影响）。

[172] S. A. de Smith， The New Commonwealth and Its Constitutions（Lo-ndon: Stevens， 1964）， pp. 162-215； D. V. Williams，“Constitutional Law: Reception and Impact，”作为 Elkind， Impact ofAmerican Law 一书的第一章发表， pp. 8-10。至少在英国，《权利法案》和司法审查（从它们一切所为的程度上说）最终来自欧洲大陆而不是美国。

[173] 它“首先是英国经验的缩写”这一说法见于 Archer 和 Maddox 的“The1975 Constitutional Crisis in Australia，”Journal of Commonwealth andComparative Politics（1976），14:141，147，以及 W. G. McMinn 的 A Constitutional History of Australia（Melbourne， New York:OxfordUniversity Press，1979），p.ix。Owen Dixon 爵士则认为《澳大利亚宪法》是“按照美国宪法的模式来制定的”；他先是大法官，后来成为澳大利亚高等法院的首席大法官、并被认为是最伟大的澳大利亚法官。Dixon 还写道:“我们联邦宪法的起草者们（大部分是律师）发现美国的治理方式是一种无与伦比的模式。他们无法躲避它的魅力。它的沉思润湿了他们创造力的闷火。”引自:Z.Cowen and L.Zines，Federal Jurisdiction in Australia，2d ed.（New York:Oxford UniversityPress，1978，p.v。

[174] P. H. Lane 的 The Australian Federal System with United States Ana-logues（Sidney: Law Book Co.， 1972），p. 971，收有《澳大利亚宪法》的全文和美国文件的相关部分，还有一份有用的对照表（pp.1005ff）以及对两部宪法条文的简短总结。联邦制或联邦制中某些特定内容的反对者们经常指责《澳大利亚宪法》是美国模式的“一成不变的复本”。

[175] E.M.Hunt，American Precedents in Australian Federation（NewYork:Columbia University Press；London: P. S. King，1930），p.15.Hunt 的书中也有一份 1930 年以前作品的目录。亦见 Dixon，“Two Constitutions”。

[176] J. A. La Nauze， The Making of the Auatralian Constitution（Mel-bourne: Melbourne University Press， 1972）； E. G. McMinn，AConstitutional History of Australia. La Nauze 和 McMinn 的书中都有有用的文献索引。还有两本老书，其作者有直接的经历，在此也应当一提: B. R. Wise 的 The Making of the Australian Commonwealth 1890-1900（London:Sir Isaac Pitman 1913）以及 A.Deakin 的 The Federal Story（Melbourne: Robertson andMullens， 1944）。

[177] 参见 Hunt，American Precedents，pp.254-6.不过，一些有影响的开国元勋非常熟悉美国制度，并且是它的极力颂扬者。其中最重要的是塔斯马尼亚的 Andrew Inglis Clark。按照他的一个同事的说法，Clark“在推崇美国制度方面比美国人更美国人，”而且，按照另一个同事的说法，美国是“一个他皈依其精神、崇敬其宪法并膜拜其伟大人物的国家。”Wise,Making of the Commonwealth，p.74；Deakin，TheFederalStory，p.30。Clark 曾数次访问美国，是霍姆斯大法官的长期朋友和通信者，也是《澳大利亚宪法》

第一稿的起草人，并且对最后文本的“总体设计起着决定性的影响作用。参见J·Reynolds，“A.I.Clark’s American Sympathies and His Influence on Australian Federation，”Australian L.J.（1958-59），32: 62；F. M. Neasey，“Andrew InglisClark Senior and the Australian Federation，”Australian Journal of Politicsand History（1969），15（2）：1；B. Galligan，“Judicial Review in theAustralian Federal System: Its Origin and Function，” Federal L.Rev.（1979），10: 367.La Nauze 指出许多美国影响来自 James Bryce 的 TheAmerican Commonwealth （1888），这本书在立宪会议的整个议程中都明显地摆在桌上，并且是参与其事者的“圣经”；见上书，pp.273-274。

[178] 关于美国内战对澳大利亚开国者们的影响，请参见 G.J.Craven，“An Indissoluble Federal Commonwealth？The Founding Fathers andthe Secession of an Australian State，”Melbourne Univ.L.Rev.（1983-84），14（2）:281。Craven 解释了“不可分割的”一词是如何进入《澳大利亚宪法》序言的。

[179] 这一问题没有受到它所应得的学术关注。McMinn 的 ConstitutionalHistory 一书提到了它，但没有进行大量细节上的论述。关于澳大利亚对联邦制和议会制政府的综合，有一些有趣的观察结果见于 Z.Cowen 的“A Comparison of the Constitutions of Australia and the UnitedStates，” Buffalo L. Rev.（1955），4: 155。

[180] Corwin 在“Comparison”， pp. 157-158 中指出:这种拒斥是有意为之的。值得注意的是，1891 年草案并未要求联邦大臣成为议员，只是规定他们“可以”成为。同上。

[181] 在澳大利亚，参议员从一开始就是在普选中产生的（而在美国，同样的情况开始于 1913 年《第十七修正案》）。为适应澳大利亚“责任”（即议会制）政府的要求，对美国模式所做的最重要修改在于限制参议院修改处理拨款和征税问题的法案的权力。

[182] 澳大利亚宪法中受任权力的名单似乎比美国宪法中的要长一些，但这仍然部分反映了美国经验的效果。参见：Hunt，American，Precedents，pp.172-184。

[183] D’Emden v. Pedder， 1C. L. R. p. 91（1904）.

[184] 4 Wheat. 316（1819）.

[185] D’Emden v. Pedder， 1C. L. R. p. 113（1904），在另一个案子—Deakin v. Ewbb， 1C. L. R. 585， 606（1904）中，高等法院宣称两部宪法的语言“不是逐字等同的，而是同义的”。

[186] Jumbunna Coal Mine v.Victorian Coal Miners’Association，6 C.L. R. 309，345，358（1908）.

[187] Amalgamated Society of Engineers v.Adelaide Steamship Co.，Ltd.， 28 C.L. R. 129（1920）.

[188] 我所依据的是 Elkind， Impact of American Law， pp. 17-22 中的描述。关于最高法院判例对澳大利亚之影响的其它资料，我会在下面的正文和注释中提到。亦可参见:Cowen，“Comparison，” pp.168-174。

[189] P. H. Lane，The Australian Federal System with United States Ana-logues.在其它内容上作了扩充的、以 The Australian FederalSystem

这一书名于1979年再版的Lane的著作中漏掉了详尽查考美国宪法的那一部分。另一篇老一些的作品是：G.W.C.Ross，“The Constitutional Law of Federalism in the United States andAustralia，”Virg.L. Rev.（1943），29：881。

[190] P. E. Nygh，“An Analysis of Judicial Approaches to theInterpretation of the Commerce Clause in Australia and the UnitedStates，” Sydney L. Rev.（1967），5：353.

[191] Note，“The Commerce Power Under the Australian Constitution，”Columbia L. Rev.（1942），42：660.

[192] G.W.C.Ross，“Public Finance in Federal Systems:The UnitedStates and Australia，” Loyola L. Rev.（1944），2：105.

[193] 在 Lane的 Australian Federal System， pp. 45-70中有根据最新材料对州和联邦征税权（以及联邦权力对各州权力的破坏）所作的描述。澳大利亚各州没有被宪法禁止课加自定的所得税，但是，除了一些特殊的索取附加费的情况外，澳大利亚有一套统一的由联邦官僚机构控制的税务系统。

[194] B.MacChesney，“Full Faith and Credit：A Comparative Study，”Illinois L.Rev.（1949），44：298.

[195] 关于美国先例在澳大利亚对相当神秘的联邦制问题进行的讨论中所扮演的角色，请参阅：Z. Cowen，“Alsatias for Jack Sheppards？:The Law in the Federal Enclaves in Australia，”in Z. Cowen，SirJohn Latham and Other Papers（Melbourne，New York:OxfordUniversity Press，1965），pp.171-191，and J. Munro,“Worthingv. Rowell：All-American View，”Univ. of Queensland L.J.（1970）,7：381.“关于提倡在其它领域应用美国先例的情况，请参阅：J. A. Thomson,”A United States Guide to ConstitutionalLimitations Upon Treaties as a Source of Australian Municipal Law,“Univ. W. Australia L. Rev.(1977),13：153。（讨论了国家缔约权对各州权利造成的据称的潜在威胁）。

[196] 关于澳大利亚司法系统结构的概况（以及对美国影响的强烈批判），请参见：Z. Cowen and L.Zines, Federal Jurisdiction in Australia。澳大利亚高等法院的初审管辖权大于美国最高法院，特别是它得到了签发执行令的权力，这应当直接归因于Marbury v.Madison案的消极影响。参见：Cowen and Zines,Federal Jurisdiction in Australia, pp. 22- 23; Hunt, American Precedents, p. 197;O. Dixon,“Marshall and theAustralian Constitution,” in Dixon, Jesting Pilate, p.175。

[197]首席大法官 Marshall 的判例在这方面占据了一个特殊位置。参见：Dixon,“Marshall.”Dixon还写过一篇简要评价Frankfurter大法官对澳大利亚之影响的文章：Dixon,“The Honourable Mr. JusticeFrankfurter:A Tribute from Australia in Dixon,Jesting Pilate, pp. 181-187。

[198] Australian Communist Party v. Commonwealth,83 C.L.R.1,262（1951）（Fullagar大法官的意见）。Owen Dixon爵士也说过：“对联邦宪法的起草者们来说， Mabury v. Madison 案的论点是很明显的。”Dixon,”Marshall,”Jesting Pilate,p.174。

[199]B.Galligan,“Judicial Review in the Australian Federal System:

ItsOrigin and Function,” Federal, L. Rev.（1979）, 10：367.

[200] 关于澳大利亚人同《权利法案》有关的处境，请参阅：S.A.deSmith,The New Commonwealth, and Williams,“ConstitutionalLaw”。还可参阅对这一观点的即刻驳斥：W. A. Wynes,Legislative,Executive and Judicial Powers in Australia,5th ed.(Sidney: Lowe Book Co., 1976), p. 22。

[201] U. S. Constitution, Art. 4, section 2,对这一条款的澳大利亚对应者进行讨论的文章是：C. L. Pannam,“Discrimination on the Basis of State Residence in Australia and the United States,”Melbourne Univ. L.Rev.（1967）, 6：105.澳大利亚宪法中这一条（Section 117）的早期草案本中本来也含有平等保护条款，但在后来的草案中却被删除了（上书，pp. 106ff）。

[202] C. L. Pannam,“Travelling Section 116 with a U. S. Road Map,”Mel-bourne Univ. L. Rev. （1963）, 4：41.

[203] Elkind, Impact of American Law, pp. 94-95.“第三手”这一语词的确文如其意：1975 年《澳大利亚种族歧视法》受到新西兰法律的一定影响，后者又曾受到 1971 年《英国种族关系法》的影响，该法转而又受到过美国民权法案的一些影响。相关的主题也被讨论(基本上是比较性的)于 O. Young 的“Aborigines and the Constitutions of Australia, Canada, and the United States,”Toronto Univ. Faculty of Law Rev.（1977）,35：87。

[204] Williams 在“Constitutional Law,” p. 26 中宣称“在所在英联邦国家中，印度无疑比其它任何国家都更易于接纳美国宪法概念”。

[205] 1950 年以后，英国开始坚持要求所有前殖民地通过一部《权利法案》，作为其独立进程的一部分，但这种想法受到一些新兴国家的抵制。参见上书，pp.8-14，以及 de Smith, NewCommonwealth,pp. 162-215。当然，这种压力在印度是毫无必要的（英国在二十世纪四十年代也没有想到要施加这种压力；相反，它那时认为《权利法案》是无用的。）。

[206]美国外交政策在英国改变立场前的一段时间给予印度独立的支持也促成了印度的亲美情绪。

[207] 事实上，美国在有司法强制力的《人权法案》方面的经验是 1947 年以前唯一起作用的一项内容。参见： P. K. Tripathi,

Perspectives on the American Constitutional Influence on theConstitution of India, ” in L.W.Beer,ed.,Constitutionalism inAsia:Asian Views of the American Influence(Berkeley, LosAngeles,London:University of California Press,1979),p.96。

[208] 学者们对印度借鉴美国的关注恐怕同他们不受束缚的事实有关。印度学者们十分自豪于印度吸收自由主义成就的能力，尽管快速发展的需要十分迫切。

[209] B. Shiva Rao ed.,The Framing of India’s Constitution, 5 vols. (NewDlhi:Indian Institute of Public Administration, 1968).印度宪法的详细立法史见于 G.Aust in,The Indian Constitution:Cornerstone of a Nation(Oxford: Oxford University Press, 1966)。 Austin 关注的焦点主要是英国而不是美国，但这本书是资料详实的，并且有一份详尽的文

献索引。U. K. Tiwary 的 The Making of the Indian Constitution (Allahabad: Central Book Dept, 1967)是一部价值较小、但仍十分有用的著作，不论在总体上还是在论及美国影响的部分都是如此。

[210] 这些论著中最重要的是多卷本的 D. D. Basu 的 Commentary on theConstitution of India, 6th ed,.(Calcutta: Sarkar, 1973); H. M.Seervai,Constitutional Law of India,2d ed.,3 vols.(Bombay:Tripathi, 1975-1983; 3d ed.1983).还有 D. D.Basu,Constitutional Law of India, 3d ed.(New Delhi:Prentice-Hall ofIndia,1983)，以及同一作者的 Introduction to the Constitution ofIndia, 4th ed.(Calcutta: Sarkar, 1966); S. C. Dash, TheConstitution of India: A Comparative Study, 2d ed.(Allahahad, India:Chaitanya, 1968); M. Iman, The Indian Supreme Court and theConstitution: A Study of the Process of Construction(Lucknow, India:Eastern Book Co., 1968)。

[211] Tripathi 的论文在前面的注 207 中已经提到过了。其中有一个重要的缺陷就是对本来值得用心研究的紧急状态（以及武力）对个人自由和司法自治的侵犯问题。（在 Beer 的文集中就有关于美国对其它亚洲国家的这一领域之影响的文章）。

[212] Williams, “Constitutional Law.”

[213]M. Abel 的“American Influences on the Making of the Indian Con- stitution,”Journal of Constitutinal and Parliamentary Studies（1967）,1：35,仍然十分有价值。D. D. Basu 的‘The Indian Constitution Through American Eyes,”Federal Law J.（1949）,12：147，主要侧重于比较而且已经过时了。 M. Patnaik 的“American Borrowings in the Indian Constitution,”The Cuttack Law Times（1967）,23：19 和 M. K. Nambiyar 的“American Borrowings in the Indian Constitution,”The Supreme Court J.（1954），17：151 只有有限的价值。C.H. Alexandrowicz- Alexander 的“American Influence on Constitutional Interpretaiton in India,” Am. J.Comp.Law（1956）,5：98，也过时了。

[214] McWhinney, Judicial Review 4th ed.(Toronto: University of Toronto Press,1969).它之所以这么长的一个原因是它实际上包括了各邦的宪法。

[215]可能值得一提的是：官方起草委员会的主席是曾在美国（哥伦比亚大学）受过教育的 B. R. Ambedkar 博士；Tripathi, Perspectives,” p.66,n.24。

[216] Rao.Framing of India’s Constitution, pp.428,235,487,827;Tri -pathi,“Perspectives,”pp. 67-69, 85; Tiwary, The Making of theIndian Constitution, pp.128, 327-328.宪法顾问本人的简短报告见于 B.N.Rau, India’s Constitution in the Making (Bombay: Orient Longmans, 1963),pp. 328-341。Rau 显然打算写一部起草印度宪法的历史，但他未能完成这项工作就去世了；上书，序言，p.xi。因此他的书成了由 B. Shiva Rao 收归一处的许多各式各样项目的汇总。除了上面提到过的宪法顾问的报告外，同美国影响有关的有趣内容还有上书第十四章关于基本权利的论述。

[217] P. 129; Rao, Framing of India’s Constitution, 5： 341- 342.

[218] 根据某些评论者的看法，英国影响的决定性作用还扩展到了司法制度上，因为尽管印度法官们比他们的英国同行享有更广泛的权力（包括司法审查权），但据说他们的职能在许多方面更接近于英国或澳大利亚法官而不是他们的美国同行。参见：Seervai, Constitutional Law, pp. 6-7, 57-59,Seervai 关于印度法官之非能动主义特征的观点可能已有些过时了）。

[219] Tripathi,"Perspectives," pp. 63-72.不过，正像 Tripathi 所指明的那样，印度人对联邦制的看法受到美国的显著影响；事实上，一些就此问题接受制宪会议宪法顾问 B.N.Rau 请教的美国显赫人物（包括几个最高法院大法官和几个宪法学教授）都曾提醒印度人注意防止过分"美国化"的联邦制弱化他们的中央政府。美国宪政主义因此同时产生了积极和消极的影响。

[220] 印度正当程序条款的故事可以见于： Tripathi, "Perspectives," pp. 82ff; Rao, Framing of India's Constitution, pp. 231ff; Austin,the Indian Constitution, pp. 102ff。也可参见本书中 S. Sorabji 的文章。

[221]现在有人说人身自由这一概念还应当涵盖许多宪法其余部分尚未能给予专门保障的权利，如出境旅游的权利或（不那么牢固的）隐私权。

但这种对人身自由概念的宽泛解释本身就是一个有争议的问题。参见 Basu,Constitutional Law of India,p.62 及其中引用的案例。

[222] 有些不正常的是印度宪法中起初有保障财产权利的内容，但一项后来的（第 44）修正案却将它取消了。关于这一过程的详细描述，请参见：Seervai,Constitutional Law,1：635ff.特别有趣的是 Golak Nath 和 Keshavananda 两个判例（见下面的注 230 和 231）对财产权利的影响，它们限制了立法机关修改宪法的权力。参见：Seervai,Constitutional Law,1：644-647，以及下面同注 230-233 相对应的正文。

[223]Gopalan v.State of Madras (1950) S. C. R. 88.这个重要判例拒斥了一种可能会将正当程序观念吸收进印度宪法第 21 条的理论。

[224] Maneka Gandhi v. Union of India (1978) 2 S. C. R. 621. 这个案子中引用了许多美国判决。

[225] 参见： Basu, Constitutional Law of India, pp. 64-65.即使不谈自然正义的基本原则，一种程序也可能因其"不公平"而成为不合理。上书，p.64，以及其中引用的判例。

[226] 参见注 219。

[227]一项对美国和印度之平等保护进行的比较研究有可能得出有趣的结论。一方面，印度人已经采纳了（第 14 条）"平等保护"条款（以及"魏玛宪法"的"法律面前平等"条款），并在这一领域大量应用了美国判例（参见 Seervai, Constitutional Law,pp. 199ff）。但另一方面，印度人又特别为国家提供了使用公共服务的定额分配制来支持特殊的在册"落后阶层"成员的权力（Art.16），并制定了专门条款来支持妇女和"社会上的以及教育上的落后阶层"（Art.15）（参见上书，pp.283ff）。关于印度宪政中这方面内容的权威性论述，请参见： M.Galanter, Competing Equalities(Berkeley, Los Angeles, London: University of California Press, 1984）。

[228] 参见前面的注 218。印度最高法院与美国最高法院的区别之一就是印度法院开庭时是小组听审，而不是全体出庭法官听审，尽管弗兰克弗特大法官“强调地”提出了相反的建议。参见：Tripathi,“Perspectives.”p. 94。

[229] 印度宪法第 12 和第 13 条。司法审查在印度的早期历史在 Dash 的 Constitution of India, pp. 403-428 中有所评述,Imam 的 IndianSupreme Court 对此则有更详细的介绍。在它的一项最早的宪法裁定中，印度最高法院强调它的司法审查权是内在于成文宪法之中的(引用了 Marbury v.Madison 案），它独立于明示的条款之外。参见：Williams,“Constitutional Law,”pp. 22，以及 Gopalan 判例。

[230] Golak Nath v. State of Punjab, A. 1967 S. C. 1643.

[231] Keshavanandd v. State of Kerala, A. 1973 S. C. 1461.

[232] 要看对这一主题的精确表述,请参阅：Basu, Constitutional Law of India, pp. 371-377.在不可修改的内容中，可能包括“平等原则”、“个人的自由与尊严”、世俗主义、法治、其它基本权利的“本质”以及许多其它内容。

[233] Golak Nath 案引用了 43 个印度判例、 23 个美国判例、 2 个英国判例、2 个澳大利亚判例以及一个来自锡兰的案例。Keshavananda 案引用了 115 个印度判例、 66 个美国判例、 35 个英国判例、 35 个爱尔兰判例、26 个澳大利亚判例、25 个加拿大判例以及 1 个锡兰案例。Williams,“Constitutional Law,”p.24.有趣的是，没有什么德国权威资料被引用，即便是从 1949 年西德《基本法》(它规定本法中的某些重要条款不得被修改)的观点来看，不可修改性的问题（无论是为着自然法或其它什么别的理由）得到了最彻底的关注。参见：G. Dietze,“Unconstitutional Constitutional Norms? Constitutional Development in Postwar(Germany,” Virg. L.Rev.(1956), 42： 1.

[234] Tripathi,“perspectives.”pp. 91-92.一些学者已经表达了对美国影响之程度、它对本土思想的遏制以及印度接受美国权威资料的质量等问题的疑惧。参见：R. Dhavan“Borrowed Ideas: On the Impact of American Scholarship on Indian Law,”Am. J.Comp.Law（1985）,33：505,（它也很好地阐述了美国思想传入印度的方式）； U.Baxi,“Understanding the Traffic of‘ Ideas’ in Law Between America and India,” in R. M. Crumden, ed.,Traffic of Ideas Between India and Ameraca（New Delhi:Chanakya,1985）。

[235] Williams,“Constitutional Law, p. 26.

[236] 同上， p. 24。 Dhavan 的“Borrowed Ideas”和 Baxi 的“Understanding the Traffic of‘ Ideas’”表达了对印度借鉴美国权威资料之质量的痛惜。

[237] B.O.Nwabueze, A Constitutional History of Nigeria(London:Hurst, 1982), p. vii.

[238] B.O.Nwabueze, Federalism in Nigeria Under the Presidential Con -stitution (London: Sweet and Maxwell, 1983).

[239] J. S. Read,“The New Constitution of Nigeria:‘The Washington Mod-el?’”J. A. L（1979） 23：131. E.O. Nwabueze, The Presidential

Constitutioon of Nigeria(New York:St. Martin’s Press, 1982，特别是第5-11章。关于美国宪法与尼日利亚最早的1963年宪法的比较，请参见：A. E. Utton’s“Nigeriaand the UnitedStates: Some Constitutional Comparisons”,J.A.L.（1965）,p.40.

[240] De Smith, The New Commonwealth, pp. 177-193; Williams, “Constitutional Law,”p.14;E.O.Lakami v.A.-G.(Western Nigeria) & Ors,1 U. I. L.R. 210(1979).

[241] D. O. Aihe and P. A.Oluyede, Cases and Materials on Constitutional Law in Nigeria (Oxford:Oxford University Press, 1979).

[242]这是M. Apelbom在Hapraklit（1964）,21： 170.上发表的一篇文章（是有希伯莱文写的）的标题。还可以参见他的“Common Lawa I’Americaine,”Israel L.Rev.（1966），1：562。在某些方面与在以色列发生的美国宪法影响之逐渐增强相类的情况也可以在加拿大观察到。

[234]1922年《巴勒斯坦议会规程》是英国托管当局的一份宪法性文件。它在以色列国失去了宪法效力，但仍继续保持着制定法的约束力。

[244]《巴勒斯坦议会规程》第46条提出用普通法来补充当时仍有效的奥斯曼立法。第46条还限定对普通法的接受必须适应当地条件。美国法（包括宪法原则）进入以色列法之中的途径之一就是因为法院有时认为它比英国普通法更适合当地条件而造成的。参见：Apelbom,“Comon Law,” pp. 572-575。

[245] 以色列法官在确定影响普通法之公共政策要素的“文化和道德观点”时还是会不时地参考犹太法。参见：“Zim” Iseael Navigation Co. Ltd.v.Mazier,17 Piskei Din[以色列最高法院判决；以后引用时简注为P.D.]1319（1963），此项判决拒绝以一条英国普通法规则为依据来进行这样一种调查，而赞同一项更适宜的美国规则。

[246] United Nations General Assembly, Resolution 181(2),Official Records, 2d Sess., Resolutions Doc. A. 519, pp. 131-150.

[247]Declaration of the Establishment of the State of Israel,Laws of the State of Israel(Jerusalem: Government Printer, 1948),1:3.

[248]这个委员会把科恩草案作为其讨论的基础。关于以色列早期宪法史，请参阅： Y. Freudenheim, Government in Israel(Munchen: Beck, part1,1967)，以及S. Sager,“ Israel’s Dilatory Constitution,”Am.J. Comp.L.（1976）， 24：88。

[249]甚至负责准备宪法的委员会也被派了其他任务这一事实也表明政府有意拖延。参见：Sager,“Dilatory Constitution, p.90。

[250]除了《基本法》之外，以色列还有一系列半宪法性法律，其中包括《回归法》和《妇女平等权利法》。到1978年为止的各基本法和“宪法性”法规的条文请参见 Blaustein 和 Flanz 主编的 Constitutions of the Countries of the World(New York;Oceana Publications,1978)中P.Lahav所写的以色列部分。到1978年，《耶路撒冷基本法》便获得通过。

[251] L. Kohn,“Explanatory Statement to the Draft Constitution,” in Col-lection of Pamphlets on Israeli Constitution （1948） (mineographed document on file with the Columbia University School of Law Library).反对美国司法能动主义经验的科恩博士使提议中的宪法具有

了很容易被修改的性质。不过，毫无疑问的是，科恩草案有意识地采纳了美国司法审查制度，以反对占统治地位的英国传统。

[252]W.Maslow,“How Israel Will be Governed:An Analysis of the Draft Constitution,” Jewish Affairs（1948）,vol. 2,no. 7.亦见 Note,“Constitution of the State of Istael”, Scot.l.Rev.（1949）,765; 133-137.

[253]Feudenheim, Government in Israel, p. 10.在科恩草案的基础上进行讨论的临时国务会议宪法委员会议程中只有一次提到美国，其内容也只是重复科恩自己对比美国和以色列行政部门的评论。Moetzet Hamedina Hazmanit,Va’adat Hahuka [临时国务会议，宪法委员会]（Tel Aviv;1948）, booklets 1-5。

[254] 参见与注 249 相对应的正文。

[255] First Knesset, Constitution of the State: Report of the Committee onConstitution, Law and Justice in the Matter of a Constitution and theDebate in the Full Knesset(Jerusalem; Government Printer), pp.65, 66, 110。

[256]同上，p.81.“宗教阵线”出于对世俗化的恐惧而可能对宪法十分当心。关于这种情况对执政联盟的重要性，请参见： Sager,“Dilatory Constitution,” pp. 92-93。关于一个支持追随美国宪法先例的孤零零的声音，请参见：First Knesset: Report, p.100。

[257] Freudenheim,Government in Israel, p. 34;Sager,“Dilatory Con-stitution,” p.93.

[258]一个例外是：紧急状态规则不能对《议会基本法》产生影响，除非有 80 人的多数作出相反决定。“Is There a Need for an AmendingPower Theory?”Israel L. Rev.（1978）, 13：203。

[259]参见： G.Hausner,“The Rights of the Individual in Court,” Israel l. Rev.（1974）,9477,480。甚至这种有限审查权（以及基本法区别于普通立法的特殊地位）的存在都不是很明显，直至最高法院对 Bergman v.Minister of Finance, 23(1) P. D.693（1963）一案作出判决[见 Israel L.Rev.（1969）, 4：559]。要了解对 Bergman 案的评论以及与美国司法审查的比较，请参阅 P.Elman,Israel L.Rev.（1969）4：565;Y.Zemach.“The Manner of Creating the Power of Judicial Review ”（inHebrew),Hapraklit(1975),29：515; M. Nimmer,“The Uses ofJudicial Review in Israeli’s Quest for a Constitution,”Colum.l.Rev.（1970）,70：1217.S.Shetreet 的“Reflections on the Protection of theRights of the Individual:Form and Substance,”Israel L.Rev.（1977）,12：32 中有关于以色列大法官如何认识自身作用的讨论。

[还可参见其中涉及的判例，Shalit and Childrem v. Minister of the Interior,23(2)P. D. 47701970.] 关于法院基本法预言到司法审查的讨论，参见 E.Rubinstein,“Jurisdiction of the Supreme Court Sitting as a Court ofConstitutional Law”（in Hebrew）,Hapraklit 272（1977）,28：272。要了解更多的资料，请参见注 278（下面），以及相应的正文。

[260] 要看对 1967 年之前涉及公民自由权的成文法条款的评论，请参阅：Freudenheim, Government in Israel.

[261]参见上面的注 242。也可参见该注中所引用的 Apelbom 的其它作品，以及 G. Tedeschi and Y. S. Zemach,“Codificaiton and Case Law inIsrael,” in F. Dainow, The Role of Judicial Decisions and Doctrine （Baton Rouge: Louisiana State University Press 1974）（尤其是 pp.284-285）。要看关于这一主题的早期作品，请参阅 :U.Gorney,“American Precedent in the Supreme Court of Israel,” Harv. L. Rev.（1955）, 68：1194.认为以色列普通法更接近于美国而不是英国模式的论断还可见于：D.Friedman,“Independent Development of IsraelLaw,”Israel L.Rev.（1975）,10： 515,523。

[262] Apelbom,“Common Law,” p. 565. Apelbom 还指出：这些数字倾向于低估实际的影响程度，因为以色列最高法院审理的一半以上的案子是不引用任何实例的。（当然，不是所有被引用的美国权威资料都集中于宪法领域。）不幸的是，关于此后时期的情况，就没有这种统计材料可资利用了。

[263] P. Lahav,“American Influence on Israel's Jurisprudence of Free Sp-eech,” Hastings Const. L. Q.（1981）, 21：9。还可参见同一作者用希伯莱文写的“Freedom of Expression in the Decisions of the IsraeliSupreme Court,” Mishpatim（1977）, 7：375。

[264] Kol Ha' am v.Minister of the Interior,7P.D. 871（1953）；官方英译本见于 Selected Judgments of the Supreme Court of Isael（此后简注为 S.J.）90（1953）。Ha'aretz v. Electric Company, 31(2) P.D.281（1977），再审并撤销原判，32(3)p.d.337（1978）,[英文摘要见于 Israel L. Rev.（1979）,14：382]。在 Kol Ha ' am 案中，法院根据 Agrnat 大法官的意见宣布一项以 Mand atory Press Ordinance 中的“可能威胁和平”一词为据的中止一份共产主义报纸的行政行为无效，部长所依据的这一标准被法官们按照美国的“明显而紧迫”之危险的尺度来加以解释。在 Ha ' aretz 这一自由化案例中,Shamger大法官试图在以色列建立 York Times v. Sullivan, 376 U.S.254（1964）案所树立的那种原则，但此案被复审并改判了。

[265] 341U. S. 494（1951）；还引用了其它的美国判例，但判决涉及到 Dennis 案中提出的平衡类型论。 Dennis. Z. Chafee, Free Speech in the United States(New York: Atheneum, 1941)。

[266] E. Harnon,“Free Speech in Matters Which Are Subjudice,” Israel L.Rev.（1966）,1：151.讨论中的问题是利用“蔑视法庭”程序来反对发表‘打算影响法庭或审判结果’的资料。重要的以色列判例有：Attorney General v. Editor of Davar,5P. D. 1017（1951）,此案使美国的“明显而紧迫之危险”标准变得可以适用；还有 Dissenchik v.Attorney General, 17(1)P.D.169（1963），此案在 1957 年 《法院法》颁布之后对 Davar 案的裁定提出了反驳（虽然没有正式推翻它）。两个案子中都有许多讨论集中于 Bridges v.California, 314 U.S.252（1941）（包括 Frankfurter 大法官的异议,此为 Dissenchik 案所依据者）; Pennekamp v. Florida,328 U.S.331（1940）；以及 Craig v.Harney,331 U.S.367（1947）这三个判例。

[267]参见前面的注[226]。

[268] Vitkon 大法官在 Davar 案中的意见是一种有意要用法院认为更为适当的美国原则来代替英国先例的尝试。相反，Suss-man 大法官在 Dissenchik 案中虽然引用了相关的美国权威资料，但却忽视了关于这一主题

的美国和英国判例之间的差异。Harnon 未曾分析这种变化的特征。

[269] Jabotinsky v. Weizmann,5 P. d. 801,1 S.J. 75（1951）.Gorney 的“American Precedent”对此案有大量的讨论。也可参见 Israel L. Rev.40（1966），1： 40 上发表的 Vitkon 大法官的“Justiciability”一文。

[270]Abu Hilu v.State of Istael,27(20)P.D.169（1973）.Vitkon 大法官利用 Korematsu v.United States,323U.S.214（1944）来为一项疏散贝督因人以安置犹太人的决定之不可审查性进行辩护的作法受到 Y.Zemach 的批评,见 Israel L.Rev.(1974),9：128。涉及美国管辖能力(justiciability)原则的其它以色列判例还有：Miron v. Minister ofLabor, 24(1) P.D. 337（1970）,以及 Rasler v. Minister of theTreasury,30(2)P.D.337（1976）[在 Israel L.Rev.（1978）,B:118 中有摘要介绍][它拒斥了 Flast v. Cohen,392 U.S.83（1968）一案]。

[271] J.B.Cherrick,“‘Constitutional’Adjudication in Israel?The High CourtSpeaks Out for Prisoners’Rights, Int. & Comp. L. Q.(1981), 30：835，”这篇文章批判性地分析了美国先例在 Katalan et al. v.Prison Authority, 34(3) P. D. 294（1980）一案中的应用，此案不同意用强制灌肠的方法来发现监狱中的毒品使用。Cherrick 除了借助 Barak 大法官来考虑对美国法的误解问题外，他还从许多美国作者的法理学理学理论之视角来思考这一问题，其中包括 A.Bickel.R. Dworkin、H. Wechsler。[Katalan 案的英文摘要见于 Israel L.Rev.（1981）,16：122]。

[272] 关于平等保护，请参阅： A.Rubinstein.Ha-Mishpat ha-kon-Stitutsyoni shel medinat Yisrael [Constitutional Law of Israel],3d ed.(Jerusalem: Sheken,1980),pp.198-199[此书讨论了 AirlineEmplogees Committee v.Edna Hazon,5 P.D.A.[Piskei Din Avoda]（1951）365.一案对美国原则的借重，但却未曾讨论其它一些有趣的案子，如 Burkhan v. Minister of Treasury, 32(2) P. D.800（1970）,一案根据以色列特殊情况对美国在居住歧视方面的平等保护的拒斥]。关于宗教自由，请参阅：s.Bernson,“Freedom of Religion andConscience in the State of Israel,”Israel Yearbook on Human Rights（1973），3：223; A. Rrbinstein,“Law and Religion in Israel,” Israel L.Rev.（1967），2： 380, reprinted in N. Kittrie, ed., Comparative Law inIsrael and the Middle East(Washington,D. C.:Lerner Law Book Co.,(1971).关于总统赦免权，请参见： Reuven v. The Judicial Committee,5 P. d. 737（1951）; Matana versus Attorney General, 14(1) P. D.970（1960）， reheard and reversed ,16(1) P. D. 430(1962)——这些充满美国引语的判例在 Apelbom,“Common Law,”p. 574 中有一简短评注。关于美国对以色列程序（包括立法）的影响，请参见 S.Goldstein,“The Influd\ ences of Constitutional Principles on Civil Procedure in Israel,”Israel L.Rev.（1982），17：467, 471-472，以及 Goldstein 和 Schottenfels 在 Israel L.Rev.（1979），14：382, 387-388 中对 Meiri v.State,32(2) P.D.180（1978）案的摘要介绍（该案涉及到证据排队规则的采用）。这两个作者还在 Israel L.Rev.（1980），15：131, 144 中对以色列电话窃听法中潜藏着的美国模式作了评述。

[273] 参见前面的注 259。

[274]M.Landau，“Constitution as the‘Suprem Law’for the State of I-srael?” Hapraklit(1971), 27：30.

[275] Lochner v. New York,198 U.S.45 （1905）；Adkins versus Children’s Hospital, 261 U. S. 525（1923）.

[276]参见： A. Shapira and B. Bracha,“Constitutional Status of Individual Freedoms,”Israel Yearbook on Human Rights （1972）, 2：211 (translation of a Hebrew article that appeared in Iyunei Mishpat[1972],2 ： 20);A.Shapira, “ Judicial Review Without a Constitution:TheIstaeli Paradox,”Temple L. Q.（1983）, 56：405。

[277]Y.Sussman,“The Courts and the Legislating Authority”(in Hebrew), Mishpatim（1971）, 3: 213. Laudan 和 Sussman 两位大法官都是中欧移民。美国法渗入以色列制度的便利主要靠的是以色列最高法院的全班人马。美国法的主要“进口商”是 Afranat 大法官（在 20 世纪 50 年代）以及 Shamgar 和 Barak 大法官（近来）。

[278] M.Shangar（检察长，后来的最高法院大法官），“On the Written Constitution,” Israel L. Rev.（1974）,9：467，力主制定一部完备的成文宪法，并比较了 Marbury v.Madison,1 Cranch 137（1803）和 Bergman v. Minister of Finance, 23(1) P.D. 693（1969）;Zemach,“Manner of Creating,”极力主张在以色列建立美国式的司法审查制度；P.Lahav and D.Kretzmer,“Bill of Human Rights in Israel: A StepForwar?”(in Hebrew),Mishpatim(1976),7:154,完全受美国启发而对以色列《权利法案》草案进行了评论；C. Klein, “Human RightsBill: Constitutional and Formal Aspects”(in Hebrew), Mishpatim(1974),5:696,对《权利法案》草案作了比较性评论。B.Geva 的（希伯莱文）文章：“On the Proper Balance Between the Security of the State andCivil and Human Rights,” Mishpatim(1974), 5 ：685，指出在以色列持久存在的紧急状态应当使以色列比美国更当心克减个人权利的问题。R. Gavison ’ s“Shoule We Have a ‘General Right to Privacy’ in Israel?”Israel L.Rev.(1977),12：155，倡言受美国启发之思想的立法实施。

[279] 参见这首题为“Die Freheit Amerikas”的诗， R. R. Palmer 的 TheAge of the Democratic Revolution(Princeton:Princeton UniversityPress,1959),1：256 中收录有从 1783 年 Berliner Monatschrift 上复制下来的原文。

译后记

本书的翻译从去年九月份开始，到今天最后定稿，已经整整一年了。

全书分工如下：郑戈译第 3、7、9、11、12、13 诸篇及后记和文献综述，赵晓力译第 2、4、5、6、8、10 篇，强世功译导言及第 1、14 篇，并负责编制了译名对照表。部分章节进行过互校。

朱苏力先生逐字逐句地校对了全书，改正了不少错讹，使译文质量大为提高。梁治平先生在审稿过程中又细心地发现了一些错误。崔权醴先生不厌其烦地帮助打印了译文第一稿和第二稿。不少朋友关心着翻译的进度。他们的热情、耐心和友谊支撑着我们。

译文中仍存在的错误和欠妥之处应由三位译者负责，请读者不吝指出。

译者，1995 年 9 月 16 日，燕园。

出版后记

宪法是现代国家的根本大法，实施宪政是现代国家的必由之路。完善我国的宪政制度建设，使之有效地保证社会政治与经济生活良性运行——乃是改革开放十多年来党和政府特殊关注之所在。

中国之立宪始于模仿。时至今日，在宪政建设与法律教育中，我们仍然面对着许多现代法学理论问题。本译丛的推出，旨在增进国人对宪政基本理论的了解，推动中外法律文化交流，为中国现在和未来的法学、政治学等领域的教育与研究提供可资借鉴的资料。

此外，译丛选辑的某些书触及当代世界各地宪政实施与发展中的一些带有普泛性的棘手问题，颇为启人深思。虽然宪政的具体制度及其实施因不同地区、民族、国家的历史发展与文化传承之不同而必有差异，尤其走有中国特色的社会主义道路的我国当自有其特点，因而，我们对译丛各书中的理论观点并不全部认同。但是，出自国际知名法学家笔下的这些比较研究和经验教训的反思与批评，作为“他山之石”，对于我国宪政制度建设的实践者们，当不无借鉴意义与教益。

生活·读书·新知三联书店